

ZU

CICERO DE LEG. II. CAP. 19–21.

VON

HUGO BURCKHARD,
PROFESSOR DER RECHTE IN WÜRZBURG.

FESTSCHRIFT ZUM FÜNFZIGJÄHRIGEN DOCTORJUBILÄUM DES GEHEIMRATHS PROFESSOR DR. J. v. HELD.

WÜRZBURG.
KÖNIGL. UNIVERSITÄTS-DRUCKEREI VON H. STÜRTZ.
1888.




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE
RI
TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

GERMANY

ZU

CICERO DE LEG. II. CAP. 19–21.

VON

HUGO BURCKHARD,
PROFESSOR DER RECHTE IN WÜRZBURG.

FESTSCHRIFT ZUM FÜNFZIGJÄHRIGEN DOCTORJUBILÄUM DES GEHEIMRATHS PROFESSOR DR. J. v. HELD.

WÜRZBURG.
KÖNIGL. UNIVERSITÄTS-DRUCKEREI VON H. STÜRTZ.
1888.

For TX
[illegible]

Die Stelle Cicero's über die sacra privata ist von Seiten der Philologen wie der Juristen so oft zum Gegenstande gründlicher Untersuchung gemacht worden, dass Neues darüber kaum gesagt werden zu können scheint. Aber über der Hauptfrage, mit welcher diese Untersuchungen, namentlich die der Juristen, sich beschäftigen, der Frage nämlich, welchen Personen beim Tode des paterfamilias die Verpflichtung zu den sacra obliege, welches die Bedeutung der drei Klassen der antiqui und der fünf Klassen des Scaevola und wie das Verhältniss der alten und der neuen Klassen zu einander zu bestimmen sei, ist eine dem gegenüber freilich weniger wichtige Nebenfrage übersehen

worden oder doch zu kurz gekommen; wo sie berührt wird, ist es theils bei flüchtigster Berührung geblieben, so dass bisweilen gar nicht erkannt werden kann, ob dem betreffenden Schriftsteller die Frage überhaupt als eine aufzuwerfende zum Bewusstsein gekommen ist, theils lautet, wo eine Antwort versucht wird — und das ist namentlich bei den Philologen der Fall —, dieselbe so, dass sie als zweifellos irrig zurückgewiesen werden muss.

Es ist der Satz im cap. 20, § 50:

> in donatione hoc idem secus interpretantur, et quod paterfamilias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, adprobavit, ratum est, quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est [1]),

den ich im Auge habe und der, wenn auch nicht den alleinigen Inhalt, so doch den Ausgangspunkt der folgenden Erörterung bilden soll.

Was für eine Schenkung ist es, um die es sich hier handelt? Wer ist der schenkende paterfamilias, der entweder in eigener Person schenkt oder die Schenkung seines Hauskindes gestattet, bezüglich nachträglich ratihabirt? Was ist es, was die pontifices, und zwar die Scaevolae, hier anders interpretiren? Und was ist dasjenige, was vorher Gegenstand der Interpretation ist und wovon eben bei solcher Schenkung die Interpretation abweicht?

---

1) Ich folge im Wesentlichen dem Texte, den Huschke Iurispr. anteiust. 5. Aufl. p. 58 ff. giebt. Huschke seinerseits legt, wenn auch mit Abweichungen im Einzelnen, die neueste Recognition von Vahlen (Berlin 1881) zu Grunde. Die in den älteren Ausgaben, namentlich von Moser-Creuzer, Bouillet, Bake, Feldhügel, Baiter gegebenen bezüglich angeführten Lesarten sind, soweit es nöthig schien, zu Rath gezogen worden

Balduinus, Savigny, Leist [2]) gehen über die Frage mit Stillschweigen hinweg; letzterer trotz der sorgfältigen und eingehenden Erörterung, die er der ganzen Darstellung Cicero's im Uebrigen widmet, ersterer sagt nur: quod de legato dictum est, non dici de donatione, Cicero indicat, und bemerkt hinsichtlich der Worte et quod paterfamilias etc., dass dieser an sich ganz richtige Satz, der sich in allen Handschriften findet, hierher ganz und gar nicht passe und dass er ihn darum für ein aus der Anmerkung eines ungeschickten Interpreten stammendes Einschiebsel halte [3]). Hölder, der sich mit dem schenkenden filiusfamilias nicht beschäftigt, sieht in der donatio eine mortis causa donatio des Verstorbenen [4]) und fasst das secus interpretari als Anerkennung einer Verschiedenheit zwischen Erwerb durch mortis causa donatio und Legat in der Richtung, dass beim Legat und nur beim Legat unterschieden werde zwischen Zuwendung und Erwerb und neben der letztwilligen Zuwendung der maior pars des Nachlasses noch das inde quippiam capere erforderlich sei, während bei der Zuwendung durch Schenkung, die überhaupt ohne Einwilligung des Beschenkten nicht möglich, dieser Unterschied zwischen Zuwendung und Erwerb wegfalle [5]).

---

2) Balduinus Iurispr. Muciana (in Iurispr. Rom. et Att. I. p. 468—473), Savigny Verm. Schr. I. S. 151 ff. (Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. II. S. 362 ff.), Leist in Forts. von Glück's Comm. Serie der Bücher 37. 38. I. S. 165 ff., bes. S. 173 ff.

3) p. 472: sed quod adicitur de donatione a filiofamilias dicta, nihil ad id quo de agitur pertinere videtur, et suspicor ex alicuius inepti interpretis annotatione temere assutum esse.

4) Hölder Beitr. z. Gesch. des röm. Erbrechtes S. 139: „dass die Worte morte testamentove capere (in der zweiten Klasse des Scaevola) neben dem Legat die Schenkung nennen, bestätigt Cicero ausdrücklich in cap. 20, indem er auf einen zwischen der mortis causa donatio und dem Legat bestehenden Unterschied eingeht."

5) a. a. O. S. 140 a. E.

Von den philologischen Erklärern nehmen die Meisten (bei Einigen ist nicht zu erkennen, was sie meinen) mortis causa donatio an, verquicken aber, im Gegensatz zu Balduin, der lediglich das in donatione hoc idem secus interpretantur beibehalten wissen will, den Satz et quod paterfamilias etc. mit jenem in einer Weise, als ob das secus interpretari und die donatio eben nur von einer Schenkung des Haussohnes verstanden werden könne. Es mögen einige dieser Erklärungen hier eine Stelle finden: sie werden zeigen, dass der Jurist beim Philologen eine Hilfe für das Verständniss des Ciceronianischen Passus nicht findet.

Turnebus merkt in seinem Kommentar [6]) zu den Worten „in donatione" und „quod paterfamilias" an: in qua nec deductionem sollennem centum nummorum, nec si minus capias, prodesse putant, nisi nominatim donationem paterfamilias approbarit. Filiusfamilias sine patris voluntate donare non potest, qua cessante inhibetur donatio: ac ne cuilibet quidem, etsi liberam peculii administrationem habeat, peculium donare potest; itaque si liberationem sacrorum donaverit eamque rem remiserit vel cohaeredi futuro vel legatario quadam donatione, nisi testator id approbarit, ratum non est. Eine wahre Blüthenlese von Irrthümern und Widersprüchen. Die solennis deductio und das minus capere soll bei der Schenkung nichts nützen, ausser wenn der paterfamilias die Schenkung genehmigt hat! Die deductio kommt doch nur im Testamente vor — wie soll die Genehmigung einer Schenkung durch den Gewalthaber sie bei ihr anwendbar machen? Und wie soll das minus capere, wenn es an sich bei einer Schenkung nichts nützt, bei einer überhaupt erst mit solcher Genehmigung gültigen Schenkung Wirksamkeit erlangen? Und während erst von einer Schenkung durch

---

[6]) Cicero de leg. Ed. Moser-Creuzer 1824, p. 669.

dare gesprochen, mithin der Beschenkte dem Legatar entgegengesetzt wird, ist unmittelbar darauf vom schenkweisen Erlass der Verpflichtung zur Prästation der sacra die Rede, die der im Testament eingesetzte Haussohn gegenüber dem Miterben oder dem Legatar mit Genehmigung des Testators vornimmt — als ob der Erblasser einen an sich Sacralpflichtigen durch seinen Willen von dieser Pflicht befreien könnte!

Manucius (bei Moser-Creuzer p. 313) scheint anzunehmen, dass Cicero wegen des secus interpretari den Scaevolae den Vorwurf der Inkonsequenz mache, indem er dasselbe so erklärt: dissentiunt a se ipsis, in testamento enim, quod scriptum non est, probant, in donatione vero filiifamilias, si donavit insciente patre, non probant. Soll dies überhaupt einen Sinn haben, so kann es nur der sein: wenn es sich um das in einem Testamente hinterlassene Legat handelt, so ist ein minus capere gültig, auch ohne dass im Testament der hierauf gerichtete Wille des Testators ausgedrückt ist, also ohne Anordnung der deductio; mit diesem Satze, dass auf den Willen des Verstorbenen nichts ankomme für die Zulässigkeit des minus capere, befinden die Scaevolae sich im Widerspruch, wenn sie bei einer vom Haussohne ausgehenden Schenkung das minus capere nicht zulassen ohne den Willen des Verstorbenen. Nach Manucius müssten sie also, um in Einklang mit sich selbst zu bleiben, auch bei einer Schenkung des Haussohns das minus capere ohne den Willen des Verstorbenen zulassen. Ganz abgesehen davon, dass bei einer Schenkung der Wille des zu Beschenkenden von Haus aus für die Annahme entscheidend ist, handelt es sich hier bei der Approbation des Vaters nicht um die Zulässigkeit des minus capere gegenüber einer gültigen Schenkung, sondern um die Gültigkeit der Schenkung selbst: nicht für das minus capere, sondern für die Schenkung ist der Wille des Vaters nothwendig, denn ohne diesen ist die ganze Schenkung unwirksam, und selbst wenn der Beschenkte die ganze Schenkung vom Haussohne

annehmen wollte, würde sie ohne die Genehmigung des Vaters keinen Bestand haben. Mit dem Satze, dass eine nicht approbirte Schenkung des Haussohns ungültig ist, kommen die Scaevolae natürlich nicht in Widerspruch mit dem erst aufgestellten Satz, dass ein Legatar auch ohne ausdrückliche Gestattung des Testators zum minus capere berechtigt ist.

Das Bedürfniss, die durch das secus interpretari betonte Verschiedenheit und das Hereinziehen der Schenkung des Haussohns zu erklären, hat Wyttenbach (bei Moser-Creuzer p. 313, Feldhügel II p. 217) zu der Annahme geführt, dass Cicero nicht einfach die Schenkung dem Testamente entgegensetze, sondern das Testament des Haussohns der Schenkung des Haussohns: nam in his demum est repugnantia, indem nämlich der Haussohn auch mit Erlaubniss des Vaters nicht testiren, wohl aber schenken könne. Dass wir mit dieser durch den ganzen Zusammenhang der Ciceronianischen Erörterung nicht motivirten Gegenüberstellung für das Verständniss der Stelle nichts gewinnen, ist klar. Wenn Cicero sagt: beim Legat ist das minus capere nach den Scaevolae gestattet und der Legatar, dem an sich nach der Höhe des Legats die Verpflichtung zu den sacra obliegen würde, macht sich dadurch von dieser Verpflichtung frei, hingegen in donatione hoc secus interpretantur, so haben wir eine Erklärung für diese Verschiedenheit nicht in der zwischen Schenkung und Testament des Haussohns hinsichtlich des Einflusses der väterlichen Genehmigung bestehenden Verschiedenheit.

Unter Billigung der Ansicht, dass es sich bei den Worten in donatione („scil. in donatione mortis causa“) um eine Schenkung des Haussohns handele, sucht Feldhügel[7]) den Gegen-

7) Cicero de leg. Vol. II. p. 217.

satz zwischen Legat von Seiten des paterfamilias und Schenkung von Seiten des Haussohns mit Genehmigung des Vaters darin, dass der Legatar zum minus capere berechtigt sei, der mortis causa Beschenkte nicht, und findet den Grund in dem Umstande, dass die auf die bestimmte Summe oder Quote gerichtete Genehmigung des Hausvaters in dieser Beziehung bindend sei: quemadmodum quod pater non approbaverat, ratum non erat, ita id, quod ille approbaverat, nullo pacto stipulationibus mutari poterat, itaque ei, qui dimidia bonorum parte donatus erat, paullo minus capere non licebat. Hier ist wenigstens der Gegensatz verständig: der Legatar kann einen Theil des ihm Zugedachten ablehnen, um sich von den sacra frei zu machen, der vom Haussohn mortis causa Beschenkte nicht. Warum dies freilich nur bei einer vom Vater genehmigten Schenkung des Haussohnes und nicht auch bei einer Schenkung des Hausvaters selbst gelten soll, ist nicht ersichtlich. Und vor Allem: welch eigenthümlicher Gedanke wird hier dem Cicero und seinen von der Voraussetzung der Gültigkeit einer Schenkung des Haussohns schlechthin handelnden Worten imputirt? Der vom Haussohne mit Genehmigung des Vaters Beschenkte soll nur das Ganze annehmen können oder nichts, weil diese auf das Ganze gerichtete Genehmigung die Schenkung untheilbar macht! In der Erlaubniss des Vaters, die Hälfte seines Vermögens zu verschenken (ob dieser dem Legat der Hälfte des Nachlasses entsprechende Fall wohl je vorkommt?), liegt wohl eine Beschränkung des Sohnes dahin, dass er nicht mehr, aber nicht dahin, dass er nicht weniger verschenken darf, und ganz gewiss nicht ein Zwang für den Beschenkten, gerade nur den vollen Betrag der väterlichen Gestattung anzunehmen. Auch steht doch, wie Cicero selbst indirekt anerkennt, der von Haus aus mit Genehmigung des Vaters gemachten Schenkung die insciente eo vorgenommene dann gleich, si id is approbat, die nachträgliche Genehmigung

aber trifft natürlich auch diejenige Schenkung, die in Folge theilweisen Ablehnens des Beschenkten auf weniger als die Hälfte zu Stand gekommen ist: es hätten also, wenn Cicero jenen Satz im Auge gehabt hätte, die beiden Fälle nicht in dieser Weise gleich behandelt werden können, sondern der Fall der anfänglichen Genehmigung hätte von dem der später erfolgten Ratihabition geschieden werden müssen. Und selbst wenn man sich durch diese Bedenken nicht irre machen lassen und an sich zugeben wollte, dass der einmal auf den bestimmten Betrag gerichtete Wille des Vaters nur die Wahl lasse zwischen Annahme und Ablehnung des Ganzen, warum sollte dies beim Legat anders sein? Ist der im Legat ausgesprochene Wille des Testators in dieser Beziehung von geringerer Kraft als der in der Genehmigung der Schenkung des Sohns zu Tag tretende? Warum soll dort das minus capere ohne Willen des paterfamilias zulässig sein, hier nicht? Gilt ja doch im Gegentheil beim Legat an sich der Satz, dass der nur einen Theil Annehmende als das Ganze annehmend behandelt wird [8]), während bei der Schenkung, die von vornherein ohne Acceptation nicht möglich ist, die Annahme bloss eines Theils die Schenkung eben auch nur zu diesem Theile zu Stande kommen lässt.

Das Angeführte wird genügen zur Begründung des oben ausgesprochenen Urtheils, dass wir in unseren juristischen Zweifeln bei den Philologen vergeblich Aufschluss suchen. Dass aber solche Zweifel bestehen, darüber darf das Schweigen der mit der Erörterung Cicero's eingehender sich beschäftigenden Juristen nicht täuschen.

Prüfen wir zunächst die Bedeutung des ersten Satzes: in donatione hoc idem secus interpretantur. Denn dieser Satz ist

---

8) Vgl. hierüber unten Anm. 71.

ein selbständiger und bezieht sich nicht, wie Wyttenbach u. A. wollen, ausschliesslich auf die Schenkung des Haussohns, er handelt von der Schenkung eines nicht in väterlicher Gewalt Stehenden, und das „et" quod paterfamilias in eius donatione etc. leitet deutlich einen neuen Gedanken ein. Zwar will Lambinus (bei Moser-Creuzer p. 315), offenbar von jener falschen Ansicht ausgehend, das et streichen, aber es erscheint dies weder nach dem sachlichen Zusammenhang begründet, noch gegenüber der übereinstimmenden Lesart aller Handschriften gerechtfertigt. In welcher Beziehung dieser zweite Satz mit dem vorangehenden steht, wird sich nach Feststellung des Sinnes des letzteren leicht ergeben.

Nichts scheint näher zu liegen — und das ist wohl die Meinung der Meisten[9]), auch derjenigen, die sich nicht wie Hölder bestimmt dafür aussprechen — als die Annahme, Cicero handele hier im Gegensatz zur Vergabung durch Legat von der Zuwendung durch mortis causa donatio von Seiten des Verstorbenen. Cicero hat unmittelbar vorher gesagt: für den Fall einer partitio legata[10]) haben die Scaevolae die Kautel eingeführt, dass der Legatar, wenn der Testator nicht durch Anordnung einer deductio Fürsorge für ihn getroffen hat, sich selbst helfen und von den sacra frei machen kann, indem er das für das Freisein von der Sacralpflicht entscheidende Resultat, nicht tantundem quantum omnibus heredibus relictum est zu

---

9) Ueber die abweichende Meinung von de Caqueray u. Huschke vgl. unten S. 41 ff.

10) Quom est partitio. So richtig statt quod Davis (cum) und Madvig (quom), vgl. Feldhügel II, 216. Ueber verschiedene missglückte Aenderungsversuche vgl. dens. p. 217. Unbegründet Bake, quod est partitio sei interpolirt aus § 53; verkehrt Gronovius De sestertiis seu subseciv. veter. pecun. Graec. et Rom. lib. IV. cap. 7. p. 672: dat hoc Scaevola partitionis caput, ut si in testamento deducta sacra non sint etc.

haben, dadurch herbeiführt, dass er in Folge eigenen Willensentschlusses minus capit, also nicht die ganze durch das legatum partitionis ihm zugewandte Hälfte des Nachlasses in Anspruch nimmt. Wenn nun in unmittelbarem Anschluss hieran der Satz folgt: in donatione hoc idem secus interpretantur und wenn man festhält, dass die zweite Klasse des Scaevola (qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes) mit ihrem morte testamentove capere zweifellos neben dem Erwerbe kraft Legats, der testamento d. h. durch das nach dem Tode wirksam werdende Testament begründet ist, den Erwerb kraft mortis causa donatio, der unmittelbar morte perfekt wird, umfasst[11]), dass aber von der mortis causa donatio sonst nirgends in der Erörterung Cicero's die Rede ist, so scheint der Gegensatz sich als selbstverständlich zu ergeben: wenn es sich um ein Legat handelt (quom est partitio), dann greift die Kautel platz, wenn eine mortis causa donatio in Frage steht (in donatione), dann nicht.

Und doch kann dies unmöglich der Sinn sein.

Zum Beweise dessen und um zugleich das Fundament für die eigene Ansicht zu legen, müssen wir den ganzen Zusammenhang der Ciceronianischen Darstellung betrachten, wobei einerseits manches zwar an sich, aber nicht für unseren Zweck Wichtige — wie namentlich die Frage nach der Bedeutung der übrigen Klassen der Sacralpflichtigen und im Besonderen die Frage, ob die zweite Klasse der antiqui sich wie die dritte Klasse des Scaevola auf die usucapio pro herede bezieht oder ob sie von der mortis causa donatio handelt[12]), welchen Falls

---

11) Vgl. Leist a. a. O. S. 187. Hölder a. a. O. 139.

12) Letzteres nimmt Hölder S. 138 f. an. So schon Turnebus Comm. ad Cic. de leg., v. Maiorem (Moser-Creuzer p. 668): ut qui, verbi gratia ex donationis causa; ex his enim, qui plurimum ceperint, adstringentur. Vgl. auch

die zweite Klasse des Scaevola sich mit der zweiten und dritten Klasse der antiqui decken würde, sowie die Frage, welches das Verhältniss dieser Klassen zu einander ist und speziell, ob der Erbe beim Vorhandensein eines die maior pars bezüglich tantundem erhaltenden Legatars von den sacra frei ist oder ob und wie beide nebeneinander haften, Fragen, hinsichtlich deren wir schwerlich je über Vermuthungen hinaus kommen werden — ausser Acht zu lassen, andererseits einige weitere zu Zweifeln Anlass gebende und allgemeineres Interesse bietende Punkte, auch wenn sie nicht in unmittelbarer Beziehung zu unserem Ausgangspunkte stehen, mit zu erörtern sind.

Unter den von Cicero (II. cp. 8 und 9) aufgestellten leges findet sich (cp. 9 § 22) auch die Bestimmung: sacra privata perpetua manento. An ihre Erörterung erinnert ihn Atticus (cp. 18) mit der Bemerkung, dass er auf dieselbe besonders gespannt sei, weil sie sich zugleich auf das ius pontificium und das ius civile beziehe [13]). Cicero benutzt diese Gelegenheit, um in beliebter Weise den Juristen einen doppelten Hieb zu versetzen: Mangel an Methode und Umsturz des pontificalen Rechts ist es, was er ihnen vorwirft. Er eröffnet seine Auseinandersetzung mit der Erklärung, dass er, auf welche Art von Gesetz auch dieselbe ihn führen werde, stets das darauf bezügliche ius civile so angeben wolle, dass der locus ipse, ex quo ducatur quaeque pars iuris, erkennbar werde und danach für einen Verständigen nicht schwer sei, quaecumque nova causa consultatione acciderit, eius tenere ius, da man dann eben wisse, a quo capite sit repe-

Rudorff, Rechtsgesch. I. § 24. N. 7: „seit der Lex Voconia trägt die sacra, qui morte testamentove tantundem capiat quantum omnes heredes (vorher qui maiorem partem pecuniae capiat)“.

13) Vgl. auch Cicero de leg. II. c. 23. § 58: video quae sint in pontificio iure, sed quaero, ecquidnam sit in legibus.

tenda[14]). Das gerade ist der entweder auf bösem Willen oder auf Dummheit beruhende Fehler der Juristen, dass sie id quod in una cognitione est positum, in infinitam dispertiuntur, und das haben sie auch in dieser Materie von den sacra gethan, indem sie durch Hereinziehen der Rechtswissenschaft dieselbe zu einer weitschweifigen Lehre von Einzelheiten ausgebildet haben. Das Civilrecht, dessen Kenntniss Publius Mucius Scaevola unter Billigung seines Sohnes Qu. Mucius Scaevola für einen guten pontifex für unerlässlich hält, braucht man doch höchstens insoweit zu kennen, als es mit der Religion zusammenhängt, also hinsichtlich der sacra, vota, feriae, sepulcra u. dgl. Von diesen Dingen ist alles Uebrige (nämlich die vota, feriae, sepulcra) ganz unbedeutend, und nur die Lehre von den sacra nimmt einen grösseren Raum ein, aber hierfür genügt vollständig der eine Satz: ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui (cap. 9 § 22), perpetua sint sacra. Dieser Satz, wonach die Verpflichtung zu den sacra durch Uebergang auf die familia dauernd erhalten wird, ist der ursprüngliche und ein uralter[15]): an ihm hat auch die pontificum auctoritas insofern nichts geändert als auch nach ihr an erster Stelle, und zwar nicht auf Grund des materiellen Erwerbs der pecunia, sondern wegen der Fortsetzung der Persönlichkeit des Erblassers[16]), der Erbe als sacralpflichtig er-

---

14) Vgl. de orat. I. cp. 42.

15) Festus p. 290a: olim — relictus heres sicut pecuniae etiam sacrorum era. Das Sonderrecht von Arpinum (Cato lib. 2. Orig., Savigny a. a. O. S. 156 A. 3) bestätigt das nur. Vgl. auch Gai. II. 55: wenn hiernach der Zweck der Zulassung der improba usucapio der war, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, so ist damit nicht der Usucapient gemeint, sondern der civile Erbe, der durch die Besorgniss vor solcher Usucapion zum baldigen Antritt der Erbschaft bestimmt werden soll, damit in seiner Person ein für die sacra Haftender vorhanden sei.

16) Vgl. Leist a. a. O. S. 169 ff., 183.

scheint, nur dass nach dem neuen Prinzip nicht bloss die kraft Gesetzes oder Testamentes succedirende familia, sondern auch der durch Testament berufene extraneus heres obligirt ist. Aber (§ 48) durch die auctoritas pontificum ist[17]) — offenbar weil jener Grundsatz in vielen Fällen nicht genügte, um den Untergang der sacra beim Tode des bisher Pflichtigen zu verhüten: man braucht nur an die Vergabung des grössten Theils des Nachlasses durch Vermächtnisse zu denken[18]) — ein neues diese Gefahr ausschliessendes Prinzip aufgestellt worden: ut sacra iis essent adiuncta, ad quos eiusdem morte pecunia venerit. Ob es Cicero wirklich Ernst ist mit der Behauptung, dass dieser eine Satz ausreichend sei ad cognitionem disciplinae? Gerade von ihm aus erhebt sich doch nothwendig die Frage, wer denn diejenigen Personen sind, ad quos morte pecunia venit, und wie bei einer Mehrheit von solchen ihr Verhältniss zu einander hinsichtlich der Haftpflicht sich gestaltet. Nur das

---

17) Die Lesart ist hier sehr bestrtten: exposite haec iura — haec posite haec iura — haec iura. Vgl. Moser-Creuzer p. 308, Feldhügel II. 211. Huschke Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI, 134 will lesen: hoc post. Das Einfachste wäre wohl: hoc posito, wenn nicht das unmittelbar darauf folgende hoc uno posito störte. — Entschieden zu verwerfen ist die von Madvig progr. p. 21 aufgestellte von Feldhügel I. p. 89 gebilligte Ansicht, dass der ganze Satz von haec posite bis venerit als unächt zu streichen sei: es ist durch das Folgende gefordert, dass die pontificale Sentenz voransteht, denn von dem civilen Satze, ut sacra sint perpetua, will Cicero natürlich nicht sagen, dass daraus innumerabilia nascuntur, quibus implentur iuris consultorum libri Wie würde dazu auch das Folgende est enim ad id quod propositum est, adcommodatum passen? Feldhügel II. 213 meint, es beziehe sich auf das ut deinceps familiis prodantur (es passt zu dem angegebenen Zwecke, nämlich dem der Erhaltung der sacra) — aber der Legatar und der mortis causa Beschenkte gehört doch nicht nothwendig zur familia des Verstorbenen!

18) Zur Zeit des Ti. Coruncanius, der das neue Pecuniarprinzip schon anerkennt (§ 52), bestanden die Beschränkungen der Lex Furia und der Lex Voconia noch nicht.

kann er mit Recht verlangen, dass die Juristen dieses Prinzip als solches lehren sollen und danach erst die daraus sich ergebenden Konsequenzen, aber dass das Prinzip selbst in seinen einzelnen Konsequenzen entwickelt ist, dass nach denjenigen gesucht wird, die in Gemässheit dieses Prinzips sacris alligantur, und dass daraus innummerabilia nascuntur, quibus implentur iuris consultorum libri, daraus kann unmöglich gegen die Juristen ein Vorwurf erhoben werden[19]. — Die Personen nun, die nach diesem neuen Pecuniarprinzip sacralpflichtig sind, zerfallen nach Scaevola in fünf Klassen, während die früheren pontifices deren nur drei aufstellen. Von der Doctrin der antiqui, wonach ausser dem Erben nur derjenige haftet, an welchen die maior pars pecuniae gekommen ist, bezüglich welcher im Falle des Legats der maior pars inde quippiam ceperit, will Cicero nicht reden, er hält sich an die von Scaevola aufgestellten fünf Klassen (sed pontificem sequamur), so dass die Erwähnung der drei Klassen der antiqui nur als historische Notiz, wie es früher anders gewesen, eingeschaltet ist, zugleich als Beleg dafür, dass die Scaevolae es sind, die tam magnum illud genus faciunt. Neu war an der Lehre des Scaevola nicht nur, dass der Kreis der Sacralpflichtigen erweitert ist, sondern auch, dass nach ihr für den Fall des Legats nicht die testamentarische Zuwendung der maior pars erfordert wird, sondern, was durch die Bestimmung der inzwischen erlassenen Lex Voconia nothwendig geworden war, die Zuwendung von tantundem wie alle Erben zusammen erhalten zur Verpflichtung des Legatars genügt, andererseits aber das quippiam inde capere nicht ausreicht, sondern wirkliches capere von tantundem nöthig ist. Diese Unterschiede berührt Cicero nicht weiter; er erklärt nur hinsichtlich der

---

19) Ueber die Bedeutung der pontifices als iurisconsulti und ihre juridische Thätigkeit hinsichtlich der sacra vergl. Mommsen-Marquardt VI. S. 290 f., S. 304 f.

ersten und zweiten Klasse des Scaevola, dass er sie in der Ordnung finde: die Haftung des Erben ist voll berechtigt, denn er als der Repräsentant der Persönlichkeit des Verstorbenen ist der Nächste dazu, an seine Stelle auch in dieser Beziehung zu treten, ein Satz, der sowohl nach dem alten Prinzip sacra familiis prodantur wie nach dem neuen Pecuniarprinzipe, wenn ein nicht der familia Angehöriger Erbe wird, zutrifft; auch gegen die Haftung desjenigen, qui morte testamentove eius tantundem capiat quantum omnes heredes hat Cicero nichts einzuwenden, denn dies ist dem aufgestellten Prinzip gemäss[20]). Ob Cicero die folgenden drei Klassen missbilligt, lässt sich nicht klar erkennen; freilich scheint das ausdrückliche Billigen der ersten beiden sein Schweigen beredt zu machen, aber er konnte sich doch nicht verhehlen, dass auch diese Klassen dem

20) Id quoque ordine: est enim ad id, quod propositum est, accommodatum. Gewiss hat Hölder (a. a. O. S. 144) Recht, wenn er die Meinung Lasalle's (Syst. der erworb. Rechte II, 49), dass diese Worte ironisch verstanden werden müssten, indem das quod propositum est Scaevola's von Cicero perhorrescirter Neuerungsgedanke sei, bekämpft. Hingegen kann ich seiner eigenen Ansicht nicht beistimmen, dass die Bedeutung dieses Satzes die sei: die jüngere Lehre werde bezeichnet als angepasst demjenigen, was vorliegt, nämlich der durch die Lex Voconia herbeigeführten Aenderung des Rechts, durch welche die zweite und dritte Klasse des älteren Rechts (also nach Hölder mortis causa donatio und Legat der maior pars) wegfiel. Abgesehen davon, dass diese stillschweigende Bezugnahme auf ein 50 bezüglich 100 Jahre früher erlassenes Gesetz doch etwas stark taciteisch wäre und wenig zu der Erklärung in § 46: ad quodcunque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo eius ipsius generis ius civile, stimmen würde, liegt doch der Nachdruck in dieser Stelle nicht auf dem tantundem im Gegensatz zur maior pars, was allein die Bezugnahme auf die Lex Voconia rechtfertigen könnte, sondern der Gedanke ist, dass derjenige, der zwar nicht als Erbe und Repräsentant des Verstorbenen am nächsten steht, aber doch materiell vom Nachlass ebensoviel hat wie der Erbe, diesem hinsichtlich der an die pecunia geknüpften sacra mit Recht gleichgestellt wird. Ich kann dem quod propositum est keinen anderen Sinn beilegen als den unmittelbar vorher gebrauchten Worten: hoc uno posito: in dem gleichen Sinne steht § 51: his propositis. Die Aenderung in positum (Davis) ist unnöthig.

quod propositum est angepasst sind, dass sie ihre Grundlage in dem von ihm selbst gebilligten Pekuniarprinzip haben und sich als konsequente Anwendungen desselben darstellen, wenn man auch vielleicht einwenden kann, dass hier weder ein testamento noch ein unmittelbares morte pervenire vorliegt. Und in der That richtet sich sein Tadel nicht gegen den Inhalt der drei weiteren Klassen des Scaevola, sondern er will zeigen, dass es sich auch bei der grösseren Zahl der von demselben aufgestellten Klassen doch immer nur um jenes durch die auctoritas pontificum geschaffene Prinzip handelt, dass Scaevola unmethodisch das in una cognitione positum in infinitam dispertitur, sei es erroris obiciundi causa, quo plura et difficiliora scire videatur, sei es ignoratione docendi, und dass er dieses genus tam magnum facit (§ 47), während man doch bei allen diesen Klassen sieht, dass omnia pendent ex uno illo, quod pontifices cum pecunia sacra coniungi volunt (§ 50).

Soweit geht die mehr als fragwürdige Begründung des Vorwurfs, den Cicero gegen die ars docendi der Juristen, speziell der Scaevolae, erhebt. Mit den Worten „Atque etiam dant hoc Scaevolae“ (§ 50) wendet er sich, aber nicht ohne noch einmal (§ 51: his propositis multae nascuntur quaestiunculae etc.) auf den ersteren zurückzugreifen, dem zweiten Vorwurf zu, den die Scaevolae nach seiner hierin zweifellos berechtigteren Meinung verdienen, einem Vorwurf, der nicht die Entbehrlichkeit der iuris civilis scientia für die pontifices (§ 47), sondern die Verderblichkeit einer Verbindung der Kenntniss von ius pontificium und ius civile darlegen soll. Dabei ist zu beachten, dass, wenn wir zunächst von dem fraglichen Satze „in donatione hoc idem secus interpretantur“ absehen, die ganze Erörterung von § 50 bis zum Ende sich lediglich auf das Legat und zwar das legatum partitionis bezieht.

Ausser der Aufstellung von neuen Klassen verdanken wir

den Scaevolae[21]) auch eine Reihe von neuen Sätzen für den Fall des legatum partitionis (quom est partitio), also wenn tantundem in der Form legirt ist: heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito[22]) — Sätze, die nach Cicero ihren Grund in dem beklagenswerthen Umstande haben, dass die Scaevolae nicht bloss pontifices, sondern zugleich iuris civilis peritissimi sind, denn es sind von ihnen als Juristen erfundene Schleichwege, durch welche das pontificale Recht fast beseitigt ist. Was soll, ruft Cicero den Missethätern zu, in dieser Materie das ius civile und die iuris civilis scientia, da doch das Prinzip sacra cum pecunia coniungi nicht durch eine lex, sondern durch die auctoritas pontificum eingeführt ist, das ius civile also gar nichts damit zu thun hat? Einem pontifex, der nichts als pontifex wäre, würde es nicht in den Sinn gekommen sein, das unter seine Obhut gestellte Recht durch solche Kautelen zu beeinträchtigen, die pontifices aber, die zugleich Juristen sind und als solche den Parteien cavendo beistehen, haben in deren Interesse kraft ihrer iuris civilis scientia und ihres Scharfsinns die pontificalis auctoritas zu umgehen und zu vereiteln gewusst.

Drei Schliche sind es, die Cicero an dieser Stelle[23]) auf die Scaevolae und ihr Einmischen der iuris civilis scientia zurückführt.

---

21) Die Konjektur addunt (Lambinus, Bake, vgl. Feldhügel II 216) für dant ist überflüssig, die beglaubigte Lesart giebt vollkommen guten Sinn.

22) Quo casu dimidia pars bonorum legata videtur, Ulp. XXIV. 25. Theoph. II. 23. 5.

23) Dass hier der weitere Schlich, gegen den Cicero pro Mur. cp. 12 § 27 eifert — sacra interire illi (maiores) noluerunt: horum (iure consultorum) ingenio senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa, reperti sunt — nicht angeführt wird, hat offenbar seinen Grund darin, dass Cicero hier nur von der Umgehung des pontificalen Pekuniarprinzips sprechen will; es handelt sich hier lediglich um Befreiung des Legatars, während dort die gänzliche Beseitigung der sacra in Frage steht.

Der eine ist zunächst (§ 50) nur condicional gesetzt: si in testamento deducta scripta non sit[24]). Erst in § 53 wird er näher beschrieben in Beantwortung der Frage, was zu dem von den pontifices maximi P. Scaevola und Ti. Coruncanius und den Uebrigen anerkannten Prinzip eos qui tantundem caperent quantum omnes heredes sacris alligari[25]) durch das

---

24) Die Aenderung von deducta in deductio erklärt Turnebus unter Billigung von Manucius (Moser-Creuzer p. 312) für unnöthig: deducta sei Substantiv von deducere wie repulsa von repellere. Vgl. auch Graevius (Biblioth. class. lat. Cicero V. 2 p. 673): deducta pro deductio ponitur, ut declamatae pro declamationibus apud Capitolinum: „multae eius declamatae feruntur". — Forcellini und Gesner führen deducta als Substantiv an, allerdings nur mit Berufung auf diese Stelle. In der Sache selbst besteht kein Zweifel. — Ueber die verschiedenen Konjekturen zu dieser Stelle vgl. oben Anm. 10. Mommsen in Richter und Schneider Krit. Jahrb. Jahrg. 9. (Schneider Neue Krit. Jahrb. Jahrg. 4.) S. 13. will statt deducta scripta non sit lesen: deducta summa centum nummorum sit, indem aus summa centum nummorum, geschrieben SCN, scripta non geworden sei. Offenbar aber würde durch das Wegfallen des non ein falscher Sinn herauskommen, indem dann das vom Testator angeordnete Abziehen und das auf dem eigenen Willen des Legatars beruhende minus capere zusammen als Voraussetzung des Freiseins von den sacra genannt wäre, während doch nach § 53 schon eins von beiden genügt; wollte man aber beides getrennt auffassen (wenn 100 abgezogen sind im Testament, und sodann auch wenn sie ipsi minus ceperint), so wäre statt des ipsique zu erwarten ipsive. In der That nimmt Mommsen auch diese Aenderung vor, indem er es für unumgänglich nothwendig hält, dass Cicero hier eben so wie im folg. Kap. beide Fälle andeute (womit doch wohl der Fall der deductio und der des minus capere von Seiten des Legatars gemeint ist, obgleich es fast so klingt, als ob Mommsen unter dem anderen Fall die nexi solutio verstehe). Diese Nothwendigkeit kann ich nicht anerkennen. Aus § 51 ergiebt sich, dass es Cicero hier im § 50 zunächst um das minus capere infolge des Willens des Legatars zu thun ist, welches eben nur dann in Frage kommt, si in testamento deducta scripta non sit, und die Frage in § 53: quid huc accessit ex iure civili mit der Antwort, dass es die deductio scripta und das minus capere und die nexi solutio sei, wäre von unerträglicher Breite, wenn schon vorher die Antwort in Bezug auf die beiden ersten Punkte ertheilt wäre. Die Lesart deducta scripta non sit und ipsique ist voll beglaubigt und eine Aenderung in keiner Weise geboten.

25) Die von Cicero gebrauchte Wendung ist nicht ganz korrekt. Denn natürlich hat Coruncanius (Konsul im Jahre 474), der 100 Jahre vor der Lex

Hereinziehen der iuris civilis scientia hinzugekommen bezüglich was dadurch geändert sei. Die Antwort auf die Frage: quid huc accessit ex iure civili? lautet: partitionis caput scriptum caute, ut centum nummi deducerentur.

Gänzlich missverstanden ist die Bedeutung dieser Kautel von de Caqueray[26]). Er fasst die deductio so auf, als ob der Testator den Werth der Hälfte des Nachlasses abziehe von der Erbschaft und statt der einzelnen im Nachlass befindlichen Stücke bezüglich der Hälfte derselben, die der Legatar an sich beim legatum partitionis erhalten würde, den Werthbetrag derselben, also eine Summe von so und so viel vermache. Les testateurs trouvaient moyen d'affranchir les légataires partiairs en leur léguant la valeur du legs partiaire, c'est-à-dire, en déduisant sur l'hérédité une valeur égale à celle que l'héritier aurait pu payer au légataire, au quel cas celui - ci ne prenait que la valeur des biens héréditaires, et non les biens eux-mêmes, ce qui le faisait dispenser des sacrifices. — Abgesehen davon, dass beim Vermächtniss einer festen Summe nicht mehr von einem legatum partitionis gesprochen und beim Vermächtniss einer den vollen Werth der halben Erbschaft erreichenden Summe

Voconia (585) lebte, noch nicht das Prinzip des tantundem. Es kommt Cicero hier nur auf das Pekuniarprinzip als solches an. Vgl. Leist a. a. O. S. 176.

26) Explication des passages de droit privé contenus dans les oeuvres de Cicéron. Paris 1857. p. 523 in f., 524 init. — De Caqueray scheint sich auf Ch. de Rémusat zu stützen, dessen Ansicht er billigend dahin angiebt: zwischen deductio und minus capere bestehe der Unterschied, dass im ersteren Falle das Recht gegenüber dem Faktum, im letzteren das Faktum gegenüber dem Recht überwog; dort habe der Legatar dem Recht nach nicht einen Theil der bona, und darum sei er, weil die sacra an die bona geknüpft seien, von den sacra frei, obgleich er thatsächlich den Werth der bona habe, im letzteren Fall hingegen sei er zwar rechtlich verpflichtet zu den sacra, aber doch sei er frei, da er faktisch weniger nehme als die Erben haben, und so trage hier das Faktum den Sieg davon über das Recht.

das tantundem capere nicht in Abrede gestellt werden kann, passt diese Auffassung in keiner Weise zu der von Cicero selbst (§ 53) angegebenen Gestalt der deductio: ut centum nummi deducerentur.

Als nicht minder unhaltbar erweist sich aus dem letzteren Grunde auch die Erklärung von Bachofen[27]. Er will das deducta mit dem unmittelbar vorausgehenden partitio verbinden und unter deducta partitio scripta in testamento die Hälfte derjenigen Erbschaftssumme verstanden wissen, welche von dem hinterlassenen patrimonium abgezogen wird zum Behuf der besonderen Aussetzung einer zur Bestreitung der Opfer eigens bestimmten Summe, so dass die Opferpflicht des legatarius partiarius von dem wirklichen capere desselben unabhängig werde, weil nunmehr bloss der nach Abzug der Kosten der sacra übrig bleibende Theil des patrimonium vom Testator der partitio unterworfen sei. Ein wunderlicher Ausdruck „partitio deducta scripta" für diesen Gedanken! Und soll etwa die Hälfte der abgezogenen centum nummi (§ 53) zur Bestreitung der Opferkosten ausreichen[28]?

Auch die Ansicht von Leist (S. 191 a. E.) trifft m. E. das Richtige nicht. Nach ihm besteht die deductio darin, dass der Testator dem legatarius partiarius durch eine besondere Klausel gestattet, von der ihm vermachten Hälfte des Nachlasses eine kleine Summe, für die sich durch Sitte der Betrag von 100

---

27) Die Lex Voconia S. 52 u. Anm. 3.

28) Vgl. gegen Bachofen auch Mommsen a. a. O. (Anm. 24) S. 13. Ganz thöricht ist die Ansicht von Guther, De vet. iure pontif. IV. cp. 6 p. 179. Er spricht von der partitio, als ob das ein Modus sei, den Legatar von den sacra zu befreien und versteht unter derselben eine divisio pecuniae a testatore facta testamento inter heredes et legatarium: de partitionis capite habe der Testator 100 abgezogen; habe er dies nicht gethan, so seien ex partitionis capite 100 geschuldet gewesen; deductio a testatore fiebat, partitio ipso iure!

nummi (ca. 1 Ldr.) festgestellt habe, abzuziehen und durch deren Nichtannahme von den sacra frei zu werden. Für diese Ansicht könnte man geltend machen, dass nach ihr, in gleicher Weise wie nach der dritten Klasse der antiqui das si maior pars legata est die Voraussetzung bildet, wirklich von Seiten des Erblassers die Zuwendung von tantundem erfolgt und nur das minus capere durch den Erblasser in das Belieben des Legatars gestellt ist. Aber dazu würde der Gegensatz des ipsique minus capere schlecht passen: denn dann hinge ja auch im Fall der deductio scripta das minus capere vom Legatar ab. Nicht das ist der Gegensatz, dass der Legatar in dem einen Fall mit Erlaubniss des Testators, im anderen Fall ohne solche minus capit, er liegt vielmehr darin, dass dort der Wille des Testators, hier der Wille des Legatars der Grund des minus capere ist. Auch dass die erblasserische Anordnung der deductio als caput partitionis bezeichnet wird, hätte bei der Leist'schen Annahme keinen rechten Sinn, denn schwerlich wird ein Legat mit den Worten beginnen[29]: „ich erlaube dir auch 100 nummi weniger zu nehmen".

Mir scheint die Bedeutung der das caput partitionis bildenden d. h. an der Spitze der Vermächtnissanordnung stehenden deductio scripta einfach in der Formel zum Ausdruck zu kommen: deductis centum nummis heres meus hereditatem meam cum Titio partito[30]). Der Erbe nimmt 100 als praecipuum vorweg,

---

29) Caput partitionis in demselben Sinne wie caput testamenti. Verkannt von Feldhügel II. 219: caput partitionis est quod nos dicimus Theilungsbestimmung. Verkehrt Gronov. De sestert. IV. cp. 7 pg. 671: es sei hier nicht, wie in § 50 von legatum partitionis die Rede, sondern von der partitio oratoria, es beziehe sich dies auf den Vorwurf, dass die Juristen das quod positum est in una cognitione, in infinitam dispertiuntur und das caput sei in demselben Sinne zu verstehen, wie in § 46 (a quo capite sit repetendum) und § 51 (si ad caput referat).

30) Also deductis certis nummis partitio legata wie deducto usufructu proprietas legata: l. 46 pr. de usufr. 7. 1. l. 1. § 4 de usufr. accr. 7. 2. (= Vat.

die übrige Erbschaft wird getheilt, der Legatar hat nicht tantundem: inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur.

Giebt diese erste Kautel dem Erblasser ein Mittel an die Hand, unter formaler Wahrung des pontificalen Prinzips doch gegen dessen wahren Sinn den Legatar von den sacra frei zu machen, so weist, für den Fall dass der Erblasser sich nicht zu dieser Umgehung verstanden hat, die zweite dem Legatar einen Weg, um in gleicher Weise ohne wirklichen materiellen Nachtheil sich der lästigen Pflicht zu entziehen. Der von den Scaevolae zur Geltung gebrachte Satz lautet: ut, si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint quam omnibus heredibus relinquatur, sacris ne alligentur (§ 50) und der Jurist, obgleich er pontifex ist, scheut sich nicht, dem Legatar den Rath zu geben, ut minus capiat quam omnibus heredibus relinquatur: wiederum wird er von den sacra frei, für die ja nach dem Prinzip der Scaevolae derjenige und nur derjenige haftet, der ebensoviel wie die Erben capirt hat[31]).

fr. § 78), l. 26 pr. de usu et usufr. 33. 2. — So wohl auch Mommsen a. a. O. S. 13 a. E.: will der Testator demjenigen, den er im Testament bedenken und zugleich von den sacris entbinden will, keine grössere Aussetzung (als die Hälfte der Erbschaft) machen, so kann er sich zur Umgehung der sacra des Partitionslegats mit Abziehung einer geringfügigen Summe, gewöhnlich centum nummi, bedienen.

31) Ich folge bei der Wiedergabe dieses Satzes der Konjektur von Huschke (Zeitschr. f. Rechtsgesch. XI S. 136): quibus par dicebant qui cepisset adstringi etc., nur dass ich an Stelle des Doppelpunktes vor rursus ein Komma setze. Der Sinn ist demnach: von den sacra, zu welchen die Scaevolae denjenigen für verpflichtet erklärten, qui par cepisset, ist der Legatar hierdurch wieder frei. Die beiden codices Vossiani haben: sup dicebant quicquid (quic) coepisset. Manche, z. B. Turnebus (Moser-Creuzer p. 671), wollen daraus machen: super oder superiores dicebant etc.; es würde das also eine Verweisung auf die antiqui und deren Ansicht sein, wonach das si inde quippiam ceperit der Scaevola'schen Kautel entgegengesetzt würde. Diese gewissermassen in Parenthese eingeschaltete

Kann man nun bei diesen beiden ersten Kautelen immer noch sagen, dass sie, obgleich sie sententiam circumveniunt, doch wenigstens formell dem pontificalen Prinzip nicht widerstreiten und dass auch ohne juristische Kenntnisse ein schlauer Testator und Legatar darauf verfallen konnte, so ist der dritte von den Scaevolae erfundene Schleichweg so recht e medio iure civili. Er geht dahin: ut, si cui plus legatum sit, quam sine religione (ohne sich der Verpflichtung zur Prästirung der sacra auszusetzen) capere liceat, is per aes et libram heredes testamenti solvat, propterea quod eo loco res est ita soluta hereditate, quasi ea pecunia legata non esset (§ 51), wozu — da natürlich dem Legatar nichts damit gedient wäre, wenn er einfach auf den Vortheil aus dem Legat verzichten sollte, um von den sacra frei zu sein — die nothwendige Ergänzung kommt (§ 53): si stipulatus est id ipsum, quod legatum est, ut ea pecunia ex stipulatione debeatur sitque ea non [mortis causa capta][32]).

Ein des Rechts Unkundiger würde auf diesen Ausweg schwerlich gekommen sein, die iuris civilis scientia legt ihn nahe genug. Indem der Legatar den gleichen Betrag, der ihm auf Grund des durch nexi liberatio beseitigten Legatsanspruches gebührte, jetzt aus der causa stipulationis zu fordern hat, liegt die Voraussetzung der Haftung für die sacra in seiner Person nicht mehr vor: zwar hat er tantundem wie der Erbe, aber er hat es nicht morte testamentove capirt, weder kommt die pe-

Bemerkung passt aber offenbar schlecht in den Zusammenhang. Vgl. Moser-Creuzer p. 318. Feldhügel II. p. 220.

32) Huschke Iurispr. anteiust. — Früher wollte Huschke (Nexum S. 243) ergänzen: ex hereditate, sed ab herede profecta, was auf dasselbe hinausläuft. Beide Ergänzungen sind insofern besser als die sachlich gleichfalls nicht unrichtige von Lambinus (bei Moser-Creuzer p. 315): sacris alligata, als sie das entscheidende Moment, weshalb der Legatar trotz des Habens von tantundem von den sacra frei ist, hervorheben.

cunia morte patrisfamilias an ihn, sondern post mortem, noch hat er sie aus dem Vermögen des Verstorbenen, sondern aus dem des Erben[33]).

Dass dies allein der Sinn dieser Kautel ist, dass es sich also bei der solutio per aes et libram um die Liberirung des Erben von der durch Damnationslegat (legatum partitionis) begründeten Verpflichtung handelt, kann nicht zweifelhaft sein und ist von Philologen wie Juristen fast allgemein anerkannt[34]). Nur der Kuriosität halber ist die eine abweichende Ansicht, bei der wohl die missverständliche Benutzung der wieder missverstandenen Stelle von Cicero pro Mur. cp. 12 über die coemtio interimendorum sacrorum causa facta im Hintergrund steht[35]), zu erwähnen, wonach die Befreiung des Erben nicht von dem

33) Huschke Nexum S. 242 f. übertrumpft die Scaevolae, indem er sagt: ehe der Legatar die nexi liberatio vornehme, müsse er von vornherein den Erben durch Stipulation dazu verpflichten, dass dieser nach geschehener nexi liberatio die Repromission abschliessen werde. Also eine stipulatio de stipulatione contrahenda! Einfacher wäre es doch gewesen, die Stipulation vor der nexi liberatio abzuschliessen (darüber, dass die blosse Stipulation nicht Novationseffekt hatte, vgl. unten S. 28); die Worte: ut per aes et libram — solvant et eodem loco res sit — si stipulatus est (§ 53) sprechen jedenfalls nicht gegen den vorherigen Abschluss, und eine derartige Verabredung kam gewiss bei der coemptio sacrorum interimendorum causa vor, vgl. Savigny S. 161.

34) So schon Turnebus Comm. ad cp. 21 (bei Moser-Creuzer p. 671), Balduinus l. c. p. 471. — Die Ansicht von Mommsen a. a. O. S. 13. a. E. ist mir nicht klar. Er sagt: wenn der Testator auch das nicht wollte oder doch nicht aussprach (nämlich Partitionslegat mit Abziehung einer geringfügigen Summe), so kann der Erbe durch nexi solutio einer solchen kleinen Summe der Opferlast ausweichen! Es handelt sich doch um das Freiwerden des Legatars, nicht des Erben! — Die wunderliche Ansicht von Guther De vet. iure pontif. II. cp. 6 p. 179: alius modus fuit interimendorum sacrorum, ut per aes et libram heredes testamenti legatariis solverent, bei der es schwer ist, sich etwas zu denken, hat schon Gronov. De sestert. IV. cp. 7 p. 672 gegeisselt.

35) Vgl. Biblioth. class. lat. Cicero V. 2. p. 736.

Legat, sondern von den sacra der Zweck und Erfolg der nexi liberatio ist[36]).

Aber in anderer Beziehung giebt diese Kautel Anlass zu Zweifeln.

Schon Savigny (S. 172) hat es, ohne eine Erklärung zu versuchen, für juristisch merkwürdig erklärt, dass es überhaupt erst noch einer besonderen Befreiung bedürfe, da nach der Theorie in unseren Rechtsquellen die blosse Stipulation (als novatio) zugleich die frühere Obligation zu tilgen hinreichend scheine. Und Leist bemerkt (S. 193): „also wohl eine der ältesten Novationsgestaltungen, Aufhebungsakt und Neubegründungsakt sind noch völlig getrennt, aber in der neuen Obligation soll doch juristisch id ipsum, quod legatum est, nunmehr ex stipulatione geschuldet werden", scheint also anzunehmen, dass zu dieser Zeit die Novation als einheitlicher Akt noch nicht existirt habe. Es lässt sich aber doch, auch bei der Annahme, dass die uns überlieferte Gestalt der Novation

36) Marcilius ad leg. XII tab. (bei Gronov. de sest. IV. c. 7 p. 668): si hereditas sacris adstricta esset, vendebat illam fiducia interposita heres seni capulari Acherontico, ut eo cis paucos dies mortuo reciperetur hereditas iam ut emta res, non ut legata aut relicta eoque sacris adstricta. Wenn Gronovius l. c. gegen Marcilius spottend bemerkt: solet hic, perinde ut Africa, semper aliquid novi parere et fere monstrosum, so hat er auf Grund seiner eigenen Ansicht zu solchem Spott schwerlich das Recht. Er meint (p. 672), nach Antritt der Erbschaft sei eine solutio per aes et libram abgeschlossen worden zwischen dem Erben und einem senex, der als tamquam gravior auctor (unter Berufung auf l. 15 de fideic. libert. 40. 5) zugezogen werde, wonach die Erbschaft an letzteren verkauft und von ihm frei von den sacra erworben sei, darauf sei eine Stipulation abgeschlossen worden, in Folge welcher der Käufer die Erbschaft dem Erben tradirt habe: dadurch seien das nomen heredis und hereditatis und folglich die sacra erloschen, da der Erbe jetzt nicht mehr als Erbe besitze. — Auch Ernesti (bei Moser-Creuzer p. 315) versteht das per aes et libram solvat als liberat a sacris, vendenda hereditate per aes et libram emtori fiduciario, qui post emtionem reddat bona fide heredi, ut iam non esset hereditas amplius, quae dicitur post hereditas soluta! — Aehnlich nach dem Referat von Savigny S. 172 A. 1 Görenz.

in diese alte Zeit hinaufreicht [37]), sehr wohl ein Grund denken, weshalb blosse Novationsstipulation in diesem Falle nicht für ausreichend gehalten wurde. Ohne das Vorliegen eines selbstständigen Tilgungsgrundes hätte die Stipulation doch wohl die Angabe der causa der alten Obligation enthalten müssen: quod mihi ex legato debes, dare spondes, bezüglich quidquid mihi ex testamento dare facere [38]) oportes, spondes [39]). Wenn man nun auch die Idee Neuerer, dass die durch Novation begründete Obligation identisch sei mit der alten, verwirft, und wenn man auf Stellen wie l. 1 § 14 ut leg. serv. c. 36, 3 (wonach stipulationi et legatorum actioni easdem causas et condiciones inesse sciendum est und darum die Stipulation eines bedingten Legats beim Tod des Stipulanten vor Existenz der Bedingung erlischt, quia nec legatum transmittitur) kein Gewicht legt, weil hier nicht von Novationsstipulation, sondern von einer zu der alten Obligation hinzutretenden Stipulation die Rede ist, so ist doch gewiss das Bedenken begreiflich, liberatorischen Effekt hinsichtlich der durch das Legat begründeten Verpflichtung gegen die Götter einer Stipulation beizulegen, welche ausdrücklich auf das die Sacralpflicht begründende Legat als ihre Quelle und ihren Inhalt Bezug nimmt [40]) und welche, obgleich es eadem



[37]) Dass Servius Sulpicius sie schon gekannt hat, wissen wir aus Gai. III. 179, er legt sogar einer bedingten Stipulation die Wirkung sofortiger Aufhebung der alten Obligation bei.

[38]) Das legatum partitionis ging natürlich nicht auf dare oportere, vgl. Marezoll, Ztschr. für Civilrecht u. Proz., IX. S. 99 A. 2.

[39]) Vgl. l. 75. 56. de V. O. 45. 1. Gai. II. 213. Salpius Nov. u. Deleg. S. 163, 167, 169.

[40]) Auch Huschke, Nexum S. 243 f., legt darauf Gewicht, dass es im Fall einer Novationsstipulation doch immer das Legirte wäre, was der Legatar erlangte: „da es hier auf das capere ankam, bei welchem Worte das Materielle entscheidet, so würde der Legatar doch immer das Legirte, wiewohl nicht durch

persona est, a qua postea legatarius stipuletur, doch in keiner Weise der für diesen Fall aufgestellten Voraussetzung, si quid in posteriore stipulatione novi sit[41]), entspricht. Und wenn man auch die Ansicht von Salpius[42]), so wenig sie begründet ist, für begründet hält, dass erst die Juristen von Papinian an das Erforderniss des animus novandi aufgestellt hätten, während nach älterem Recht an der Fassung der Stipulationsformel erkennbar gewesen sei, ob dieselbe auf eine frühere Obligation gleichen Inhalts tilgend zurückwirkte oder nicht, und dass speziell gerade die Fassung der Stipulation in eine formula incerta und als bloss relative Stipulation ihr tilgende Kraft verschafft habe, so steht doch fest, dass, sogar interventu novae personae, dergleichen Formeln auch als cumulative Stipulationen gemeint sein können[43]). Weshalb sollte diese Möglichkeit einer accessorischen Stipulation da ausgeschlossen sein, wo der Legatar vom Erben dasjenige stipulirt, was dieser ihm auf Grund des legatum partitionis schuldet? War nicht gerade hier, wo

---

Zahlung so doch durch die Stipulation selbst, in welche er es deduzirte, erlangt haben; wenn er hingegen die legirte pecunia mit Rücksicht auf die nachher mit dem Erben abzuschliessende Stipulation per aes et libram erliess, so war es so gut, als ob dieses Geld gar nicht legirt wäre, obgleich er durch die sogleich hinzugefügte, auf dasselbe Objekt gerichtete Stipulation doch eigentlich ganz dasselbe erhielt."

41) Gai. III. 177.

42) Novation und Deleg. S. 131 ff., 186 ff. Aehnlich Salkowski Z. Lehre v. d. Novation S. 224 ff.: die Stipulation mit formeller Bezeichnung der versprochenen Leistung als einer geschuldeten habe die Novation herbeigeführt ohne einen dieselbe begleitenden animus liberandi. Vgl. dagegen Witte, Krit. Viertelj.-Schr. VIII. 322 ff., IX. 487, 495 ff.

43) Vgl. z. B l. 26 de nov. 46 2. l. 1 § 14 ut leg. serv. c. 36. 3. l. 20. pr. de don. 39. 5 Und waren nicht nach Gai. III. 178 die Proculianer ohne alle Unterscheidung der Ansicht, dass, wenn die neue Obligation bloss durch Zufügung oder Weglassung eines sponsor von der alten abweicht, die Novation nicht eintrete?

die Auseinandersetzung zwischen Erben und Legatar über die Theilung längere Zeit in Anspruch nehmen konnte, der Gedanke an eine stipulatio legatorum servandorum causa besonders nahe gelegt? Es war daher, um diesen Bedenken und Zweifeln zu entgehen, vom Standpunkt der Kautelarjurisprudenz ganz gerechtfertigt, statt einer Novation diesen Doppelakt anzurathen, damit durch nexi liberatio die ganze causa legati aus der Welt geschafft und die Sache in die Lage gebracht werde, quasi ea pecunia legata non esset. Zugleich liefert der Umstand, dass Scaevola die solutio per aes et libram als Mittel wirksamer Tilgung der Legatsobligation mit ihren Eigenthümlichkeiten anräth, den Beweis dafür, dass das ältere Recht keineswegs jeder die alte causa in sich aufnehmenden Stipulationsformel novirende Wirkung beilegte [44]).

Eine zweite bei dieser Kautel auftauchende Frage ist die, was durch nexi liberatio erlassen und durch Stipulation neu versprochen wurde. Handelt es sich um Befreiung von der ganzen Legatsschuld oder um Erlass bloss eines Theils, also einer Kleinigkeit, die wie bei der deductio scripta die centum nummi eben ausreichte, um den Legatar von einem tantundem auf ein minus capere herabzudrücken?

Leist (S. 192 f.) nimmt, ohne die erstere Möglichkeit zu erwähnen, das Letztere an [45]), indem er die vereinbarte nexi

---

44) Balduinus l. c. p. 472 bemerkt zu dieser Kautel: neque vero posteriores iuris consulti talem legati in stipulationem conversi novationem (die er vorher als novatio quaedam bezeichnet) ignorant, sed (quod ad eludendam Scaevolae cautionem pertinet) interdum stipulationem accedere significant et cum legato coniungi, ubi tamen ius et causa legati manet atque etiam stipulationi videtur inesse.

45) So schon Bachofen Lex Voconia S. 52: die mit dem Legat der Hälfte beschenkte Tochter entgeht der Opferpflicht, nicht nur, wenn sie einen Theil des Legats zufällig nicht ausgezahlt erhält und denselben prätermittirt, sondern auch wenn sie den auf die Hälfte verpflichteten Erben irgend eines, auch des geringsten

liberatio und das einseitige minus capere von Seiten des Legatars als zwei verschiedene Wege für das vom Erblasser nicht autorisirte Minus-Nehmen (im Gegensatz zur deductio scripta) auffasst und erstere als definitive Aufhebung der Berechtigung des Legatars durch Vornahme eines das Minus-Nehmen genau juristisch fixirenden Vorgangs dem letzteren als in rein negativem Nichtgeltendmachen des betreffenden Legatsstückes bestehendem Verfahren ohne allen definitiven Abschluss entgegensetzt: „Das Legat wurde durch solutio per aes et libram um die betreffende Summe gekürzt." Es will mir dies nicht glaubhaft erscheinen. Aus den in Bezug genommenen Worten Cicero's (§ 51 f.: quin etiam cavent etc.) lässt sich der Beweis für diese Ansicht jedenfalls nicht erbringen, da dieselben zweifellos auch von vollständiger Aufhebung der Legatsforderung verstanden werden können, und sie so zu verstehen, dafür spricht nicht nur der Ausdruck heredem solvere und hereditas soluta (§ 51. 53), indem bei Erlass nur eines kleinen Theils der Verpflichtung nicht von solutio heredis und hereditatis schlechthin gesprochen werden könnte, sowie die Wendung id ipsum, quod legatum est (§ 53), insofern ein bloss unbedeutender Theil des ex legato Geschuldeten nicht zutreffend als id ipsum, quod legatum est bezeichnet wird, sondern es weist darauf auch der Zusammenhang mit dem Vorausgegangenen hin: mit dem quin etiam cavent wird doch betont, dass diese Kautel noch weiter geht als die bisher besprochene und dass hierin ein noch stärkerer Angriff gegen das pontificale Recht liegt als in dem thatsächlichen Nichtgeltendmachen eines Theils der Legatsforderung; gewiss aber wird man das letztere, wobei der Anspruch auf den faktisch nicht realisirten Theil rechtlich immer noch be-

---

Theils seiner Verpflichtung per aes et libram entbindet. — Ob dies mit Bachofen's Ansicht über die Verschiedenheit von solutio per aes et libram und nexi liberatio zusammenhängt (Nexum S. 148 ff.), ist nicht ersichtlich.

stehen bleibt (§ 51)[46], für eine stärkere Umgehung des pontificalen Prinzips erklären müssen als das rechtsgeschäftlich regulirte minus capere, das formelle Aufgeben des Rechts zu einem Theile. Auch würde, wenn es sich bloss um den Erlass einer Kleinigkeit gehandelt hätte, schwerlich das Bedürfniss, diese Kleinigkeit nun wieder durch Stipulation zurückzuerobern, bestanden haben.

Lässt sich sonach aus der Darstellung Cicero's entnehmen, dass bei dem von Scaevola angerathenen Weg nicht an bloss theilweise Tilgung der Legatsschuld gedacht ist, so fragt es sich weiter, ob denn daran überhaupt gedacht werden kann. Ist es möglich oder ist es wenigstens in jener Zeit möglich gewesen, durch nexi liberatio eine Forderung bloss theilweis aufzuheben? Mir scheint die Antwort verneinend ausfallen zu müssen. Wie der nexus durch aes et libra hinsichtlich der bestimmten Summe gefesselt war, so konnte er sich durch aes et libra nur hinsichtlich der ganzen Summe von der Fessel frei machen; wie die pignoris causa indivisa est, so ist der nexus untheilbar für das Ganze verhaftet und eine Lösung von der Fessel tritt nur ein, wenn der contrarius actus genau auf dasselbe gerichtet ist wie der Begründungsakt. Wenn der Schuldner sagt[47]: quod ego tibi decem milibus (milia iure) condemnatus — bezüglich bei der Anwendung der nexi liberatio auf Damnationslegat: quod ego tibi tot milia testamento dare damnatus, Gai. III. 175[48]) — sum, me eo nomine a te

---

46) Vgl. unten S. 49 f.

47) Gai. III. 173 ff.

48) Gegen die Ansicht von Krüger-Studemund zu Gai. III. 174: in formula fuerit ‚damnas sum' statt condemnatus (vgl. auch Huschke Gaius S. 100) wendet Erman, Z. Gesch. d. röm. Quittungen u. Solutionsakte S. 38 f., mit Recht ein, dass die Formel des § 174 nicht auf eine per aes et libram begründete,

solvo liberoque hoc aere aeneaque libra: hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam, so ist mit der auf die ganze Eingangs genannte Schuld gerichteten Erklärung, dass er sich vom Gläubiger löse und frei mache und dieses Pfund als erstes und letztes zahle, unzweideutig ausgesprochen, dass hiermit Alles erledigt und die Schuld vollständig getilgt sei. Wie sollte diese Formel anwendbar sein, wenn die Absicht auf nur theilweise Tilgung der Schuld ging? Entweder war es dann nicht prima postremaque libra oder der Schuldner wurde trotz blosser Theilzahlung bezüglich trotz der auf blossen Theilerlass gerichteten Absicht von der ganzen Schuld liberirt. Zwar meint Huschke (Nexum S. 239 in f.), die Formel der nexi liberatio habe der Aufhebung pro parte keine Schwierigkeit in den Weg gelegt, indem man ja gleich anfangs bloss einen Theil der Forderung habe erwähnen können. Ob das aber zulässig war, ob der per aes et libram auf decem milia Verpflichtete wirksam „quod ego tibi quinque milia damnatus sum" sagen und sonach auf einen Begründungsakt sich berufen konnte, der in dieser Weise gar nicht vorgelegen hatte, erscheint aus formellen Gründen als mindestens recht zweifelhaft. Kann nur der wirklich vorliegende Begründungsakt zum Gegenstand des in contrarium agere gemacht werden, so fordert das Prinzip des formalen in contrarium agere in seiner Strenge, dass auch hinsichtlich der Quantität der Aufhebungsakt mit dem Begründungsakt konform ist. Sagt doch auch Huschke selbst an anderer Stelle (S. 232 Anm. 359), bei der solutio per aes et libram gehöre der besondere einzig zu-

---

sondern auf die Judikatsschuld ging, und dass bei der Gegenüberstellung von Urtheil und anderen Damnationsfällen nicht damnare, sondern condemnare zu erwarten ist, wie denn auch condemnatus dem Apographum am meisten entspricht. — Dass es sich um eine solutio debitoris, nicht um solutio pecuniae, debiti handelt, ist wie durch die Ciceronianische Stelle, so durch Gaius festgestellt. Vgl. Erman S. 35 f.

lässige Inhalt der Obligation (librae aeris) mit zum Wesen der Empfangsfiktion und diese würde also nichtig werden, wenn die Fiktion des Empfangs in den Worten oder in dem gestum auf etwas anderes bezogen würde. Dazu kommen alle die Gründe, die Erman (Z. Gesch. der röm. Quittungen § 11 S. 40 ff.) für den Satz in partem solutio per aes et libram fieri nequit geltend gemacht hat. Die Worte, mit denen die Solutionsformel beginnt (quod ego tibi tot mil. condemnatus bezüglich testamento damnatus sum), sind nichts anderes als eine demonstratio, die den in der Vergangenheit liegenden Thatbestand eines ideellen Verhältnisses angiebt und durch Nennung der Entstehungsthatsache die Identität unzweifelhaft feststellt. Nach dem alten Civilrecht besteht aber wie für Klagen so auch für die mit einer demonstratio eingeleiteten Solutionsakte das Erforderniss der demonstratio vera in dem Sinne, dass jede Unrichtigkeit derselben den Akt nichtig macht. Da nun eine Handlung so, wie sie geschehen, ein Ganzes ist, so ist der Thatbestand, der sie nicht ganz nennt, ein falscher, in der Weise, dass auch das minus demonstrare ein false demonstrare ist und daher z. B. derjenige, der Stichum et Erotem gekauft hat, falsch demonstrirt, wenn er sagt: quod ego de te Erotem emi. Ein gegen dieses Erforderniss der demonstratio verstossender Solutionsakt ist nichtig: „jedenfalls bis in die Kaiserzeit hinein musste die solutio per aes et libram die ganze Schuld nennen und, da nach dem ‚me solvo, libram postremam expendo' ein Rest nicht bleiben kann, auch tilgen."

Wird man aus diesen Gründen geneigt sein, die Möglichkeit einer nexi liberatio pro parte zu leugnen, so liegt es doch nahe, gegen die Beweiskräftigkeit dieser Argumentation das Beispiel der acceptilatio ins Feld zu führen. Auch diese ist formales in contrarium agere und imaginaria solutio und bei ihr ist Tilgung pro parte möglich: pars stipulationis accepto fieri potest non tantum, si sic dicat: ex nummis decem, quos

tibi promisi, quinque habesne acceptos? sed et si sic: quod ego tibi promisi, id pro parte dimidia habesne acceptum[49])? Aber wenn sich auch später, seitdem der Naturalakt der Erfüllung mehr in den Vordergrund trat, die acceptilatio gefallen lassen musste, nach diesem Vorbild behandelt zu werden, so gehörte doch der Satz: sicut quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest[50]) der älteren Zeit ebensowenig an wie die Möglichkeit statt der Form quod ego tibi promisi, habesne acceptum? die Worte zu brauchen: *ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα*; *ἔχω λαβών*[51]), und es musste den Alten als undenkbar der später ohne Bedenken gelehrte Satz erscheinen, dass eine auf Stichum dare bezüglich auf decem dare lautende Stipulation gültig acceptoferirt werde in der Form quod Stichum promisi, Stichum et Pamphilum habesne acceptos?' bezüglich ,quod tibi decem promisi, viginti habesne accepta[52])?' Es ist uns bezeugt, dass noch zu Gaius Zeit bestritten war, ob die Acceptilation der Zahlung darin gleichstehe, dass wie pro parte recte solvitur so auch in partem debiti acceptum fieri possit[53]). Natürlich aber ist die Entwickelung nicht die gewesen, dass von Haus aus acceptilatio pro parte statthaft war und erst später eine ihre Zulässigkeit leugnende strengere Auffassung sich geltend machte, sondern die umgekehrte[54]). Hat nun die ältere Zeit bei der Acceptilation einer

---

49) L. 9. 10. 13 § 2 de acceptil. 46. 4. Weitere Stellen bei Erman a. a. O. S. 44 A. 3.

50) § 1 in f. I. quib. m. obl. toll. 3. 29.

51) § 1 I. cit.

52) L. 15. de accept. 46. 4.

53) Gai. III. 172.

54) Darüber, dass die von Paulus in l. 14 de accept. mitgetheilte aus der formalistischen Grundanschauung des Aktes hergeleitete Regel: verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt ursprünglich gerade auf die inhaltliche Kongruenz ging, vgl. Erman a. a. O. § 12 S. 43 ff.

verborum obligatio eine theilweise Tilgung für unzulässig erachtet und eine dem Inhalt des Begründungsakts genau entsprechende Aufhebungsform verlangt, so ist das zweifellos um so mehr der Fall gewesen bei der strengeren Form der nexi obligatio und liberatio, welch letztere, da sie sich schwerlich so lange im Gebrauch erhielt, wie die durch sie aufgehobenen Obligationen[55]), einen ähnlichen Entwicklungsgang hinsichtlich der Annäherung an den Naturalakt der Erfüllung nicht gehabt hat[56]).

Aber wie hat man sich bei dem legatum partitionis, von welchem Cicero handelt, überhaupt die nexi liberatio zu denken?

55) Huschke, Nexum S. 244.

56) Wenn Leist, Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakt mit Recht ausführt, dass die nexi liberatio wie die acceptilatio nicht einfach eine Aufhebung der Obligation durch umgedrehte Eingangsform sei, sondern als Nachbild der materiellen Zahlung das zwischengeschobene Moment der imaginaria solutio voraussetze, so kann man daraus nicht etwa den Schluss ziehen, dass, wie die vera solutio, so auch die imaginaria pro parte zulässig gewesen sei. Dass die nexi liberatio nicht den Charakter der Zahlung, sondern den eines dispositiven Aktes hat, ergiebt sich aus ihrer Form, und dass in dieser imaginaria solutio nicht der Beweis der Zahlung lag, zeigt unsere Stelle, da nach ihr eo loco res est ita soluta hereditate quasi ea pecunia legata non esset und darum der bei wirklicher Auszahlung für die sacra haftende Legatar von den sacra frei ist. Vgl. Erman a. a. O. S. 55. — Den Satz, dass solutio per aes et libram nicht eine theilweise Tilgung der Obligation herbeiführen kann, erkennt Goldschmidt in Ihering's Jahrb. f. Dogm. N. F. XIV. S. 387 an, die Bedeutung der Ciceronianischen Stelle aber ist von ihm verkannt. Er sagt: Der Satz, dass, wenn ein Gläubiger nur einen Schuldner auf das Ganze hat, durch Annahme der Theilzahlung die Schuld insoweit getilgt wird, habe ursprünglich im römischen Recht sicher da nicht gegolten, wo nicht die einfache Tilgung, sondern nur ein formeller Liberationsact (solutio per aes et libram, acceptilatio) zur Befreiung des Schuldners führte, und fügt in der Anm. 68 hinzu: Daher bei theilweiser Zahlung des Partitionslegats solutio per aes et libram unter gleichzeitiger Begründung einer neuen Obligation für den Rest: Cicero de leg. II. 21. Es handelt sich aber in unserer Stelle nicht um effektive Zahlung mit nachfolgender solutio per aes et libram, sondern um solutio p. aes et libram ohne effektive Zahlung.

Die bei Gaius angegebene Formel passt nur auf den Fall, wo eine Geldleistung den Inhalt der Obligation bildet. Mag nun bloss das Geldlegat, nicht jedes Legat einer fungiblen Sache der imaginaria solutio empfänglich sein, wie Bachofen (Nexum S. 153) behauptet, oder mag diese Tilgungsart auch bei anderen Fungibilien, nur mit veränderter Formel (z. B. hanc tibi ovem primam postremamque solvo) angewandt werden können, wie Huschke (Nexum S. 237)[57]) annimmt, jedenfalls steht nach dem Zeugnisse von Gaius (III. 175 in f.) fest, dass bei anderen Gegenständen als solchen, die gezählt und gewogen und höchstens noch bei solchen, die gemessen werden, die nexi liberatio unzulässig war und dass folglich da, wo die Obligation auf ein incertum ging, also auch bei den Obligationen auf ein facere, die Form, die ein begrenztes Objekt, ein erstes und letztes, welches gezahlt wird, voraussetzt, nicht Raum fand[58]). Geht nun das legatum partitionis auf ein hereditatem cum legatario

---

57) Gegen diese Formeländerung vgl. Erman a. a. O. S. 36 f.: während die (alte) Huschke'sche Formel ohne Weiteres eine andere Scheinleistung als Erzgeld aufnehmen konnte, würde dies bei der neuen Lesart eine völlige Umgestaltung erfordern, von einer solchen weiss Gaius nichts (similiter legatarius heredem eodem modo liberat); an eine vorherige Geldästimation kann hier nicht gedacht werden; offenbar ist also der Akt als solcher, in Voraussetzungen und Wirkungen feststehend, auf diesen Fall erstreckt worden in formalistisch sinnwidriger Weise, indessen würden die Juristen ihn demselben anzupassen gewusst haben, wenn sie für seine Scheinleistungsnatur noch ein reges Interesse gehabt hätten.

58) Erman a. a. O. S. 37 sieht den Grund, weshalb die solutio per aes et libram von allen Juristen bei incerta legata, von den meisten bei Massquantitäten ausgeschlossen wurde, nicht in dem Akt selbst, denn in dieser formalistisch-sinnwidrigen Weise (vgl. die vorige Anmerkung) habe derselbe auf Schulden jeder Art angewendet werden können; die Anwendung auf das pondere, numero bestimmte Legat und die Kontroverse hinsichtlich des mensura bestimmten rühre aus einer Epoche her, wo man die legis actio per manus iniectionem über Geldschulden hinaus erstreckte: der Solutionsakt habe diese Veränderungen mitgemacht, da er vermuthlich pari passu mit jener Legisaction ging.

partiri dividere, also auf ein facere, so kann die von Scaevola angerathene nexi liberatio nicht ohne weiteres auf ‚quod ego hereditatem Cn. Magii tecum partiri testamento damnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque' lauten, sondern es musste nach vorheriger auf Vereinbarung der Parteien oder richterlicher Festsetzung beruhender Abschätzung des Werthes der Erbschaft der diesem Werth entsprechende Betrag als Gegenstand der Schuld und der nexi liberatio gesetzt werden, etwa in der Form: quod ego hereditatem 10 milium tecum partiri testamento damnatus sum, me eo nomine etc.[59]) Dass eine solche Zurückführung auf eine feste Geldsumme zulässig war, kann nicht zweifelhaft sein. Wird es doch, schon wegen der mancherlei zur Feststellung des Nettobetrags der Erbschaft erforderlichen Abzüge[60]), in vielen Fällen als räthlich erschienen sein, dass Erbe und Legatar sich auf eine Geldsumme einigten, die dem letzteren als dem Werth der Hälfte des Aktivnachlasses entsprechender Betrag gebührte[61]); und wird uns doch berichtet[62]), dass überhaupt die Frage, ob im Falle der partitio legata[63]) rerum partes an aestimatio debeatur, eine zweifel-

59) Selbstverständlich verstösst dies nicht gegen den oben vertheidigten Satz, dass eine nexi liberatio pro parte nicht zulässig sei. — Ueber die Frage, inwiefern der von allen Juristen festgehaltene Satz, dass bei legata incerta die solutio per aes et libram ausgeschlossen ist, mit der von Cicero für das legatum partitionis bezeugten Zulässigkeit dieses Aufhebungsaktes in Einklang zu bringen ist, äussert sich Erman a. a. O. nicht.

60) Vgl. l. 8. § ult. l. 9. de leg. II. l. 104 § ult. de leg. I.

61) Cicero pro Caec. cap. 5. § 13. 15. spricht von rationes partitionis und von pecunia ex partitione debita.

62) L. 26. § 2. de leg. I. (Pomp. lib. 5. ad Sab.)

63) Dass in der angeführten Stelle nicht von hereditatis, sondern von bonorum pars legata die Rede ist, wird heutzutage nicht mehr als Gegenargument

hafte gewesen und wenigstens von Sabinus und Cassius, im Gegensatz zu Proculus und Nerva, im letzteren Sinne entschieden worden sei, während Pomponius dem Erben die Wahl lässt, ob er das eine oder das andere zu leisten vorzieht.

Kehren wir nun zu dem Satze zurück, der den Ausgangspunkt unserer Erörterung gebildet hat, dem Satze: in donatione hoc idem secus interpretantur. Ich habe oben (S. 12) gesagt, dass die Auffassung, es werde hier von mortis causa donatio im Gegensatz zum legatum partitionis gesprochen, nicht haltbar sei. Diese Behauptung ist jetzt zu beweisen.

In donatione hoc secus interpretantur: bei der Schenkung interpretiren die Scaevolae dies anders. Was ist das hoc, das anders interpretirt wird? Es kann nichts anderes sein als das vorher besprochene tantundem und minus capere. Damit die in der zweiten Klasse des Scaevola genannten Personen haftbar werden, ist das tantundem capere erforderlich: dies interpretiren sie so, dass der Legatar, obgleich ihm vom Erblasser durch partitionis legatum tantundem zugewandt ist und

---

angeführt werden. Die Ansicht von Cuiaz, Schulting u. A. (vgl. Schulting, Iurispr. anteiustin. p. 658 N. 64. Theophilus ad § 5. I. 2, 23. Ed. Reitz p. 495 N. e. in f.), dass zwischen partitio hereditatis und partitio bonorum ein Unterschied bestehe, wird schon durch Ulp. XXIV. 25, wonach im Fall des Legats ‚heres hereditatem cum Titio partito dividito' dimidia pars bonorum legata videtur, widerlegt. Vgl. z. B. auch l. 86. pr. de leg. II. (heres mihi esto ex semisse bonorum meorum). — Wenn Paulus in l. 27 de leg. I dem Erben gestattet, vel in paucioribus vel in una relictam partem legatario dare, in quam vel legatarius consenserit vel iudex aestimaverit, ne necesse habeat legatarius in omnibus rebus vindicare portionem, so kann das vindicare nicht von einer actio in rem verstanden werden, denn bei partitio legata ist natürlich von rei vindicatio nicht die Rede, und ebensowenig kann bei den Worten relictam partem an den Fall, wo die Vindication allein möglich ist, an ein Vindicationslegat einzelner Sachen, gedacht werden, da hier selbstverständlich dem Erben ein solches Recht nicht zustehen würde.

er in Folge Todes des Testators bezüglich Antritts des Erben die rechtlich begründete Forderung darauf erworben, also insofern rechtlich tantundem hat, doch als nicht tantundem, sondern als minus capiens gilt, wenn er durch eigenen Willensentschluss thatsächlich etwas weniger vom Erben einfordert, als er zu fordern das Recht hat und als er zu fordern auch immer noch das Recht behält; hingegen bei der mortis causa donatio interpretiren sie dies anders — ja inwiefern denn? Bei der mortis causa donatio lässt sich, wenn wir den gewöhnlichen Fall der sofort durch Eigenthums- und Besitzübertragung vollzogenen Schenkung[64]) supponiren, eine Unterscheidung zwischen Zuwendung von Seiten des Verstorbenen und thatsächlicher Geltendmachung bezüglich Nichtgeltendmachung derselben gegen die Erben gar nicht denken. Hat der bei Lebzeiten des Erblassers mortis causa Beschenkte durch sofort vollzogene Eigenthums- und Besitzübertragung tantundem erhalten wie dann den Erben hinterlassen ist, so kann von einem thatsächlichen Nichtgeltendmachen der Schenkung zu einem Theile und dadurch herbeigeführten minus capere natürlich gar nicht die Rede sein, da zur Schenkung Annahme des Beschenkten nothwendig ist[65]): er hat also entweder von Anfang an minus erhalten, dann haftet er nach dem von Cicero gebilligten Satz (zweite Klasse des Scaevola) nicht, mag der Erblasser von vornherein ihm nicht mehr zuzuwenden beabsichtigt haben oder mag er sich durch die auf der Furcht des zu Beschenkenden vor der Sacrallast beruhende Weigerung, die Schenkung in dem beabsichtigten grösseren Betrage anzunehmen, zu einer deductio haben bestimmen lassen; oder aber er hat effektiv

---

64) Dass hierauf das possessione retenta bei Cicero Top. 6. § 29 geht, scheint mir nicht zu bezweifeln. Vgl. Leist a. a. O. S. 171. Anm. 56. Hölder a. a. O. S. 139 in f. 140 i. Anf.

65) So richtig Hölder a. a. O S. 140.

tantundem erhalten und angenommen, dann ist ein dem theilweisen praetermittere des Legatars entsprechendes minus capere gar nicht möglich. Wäre bei den Worten in donatione etc. an die mortis causa donatio und an diese Verschiedenheit zwischen ihr und dem legatum partitionis gedacht, so hätte gesagt werden müssen: bei der m. c. donatio ist für solche Kautel des minus capere kein Raum, unmöglich aber kann dieser Gedanke mit den Worten ausgedrückt werden ‚in donatione hoc secus interpretantur'. Eine derartige Gegenüberstellung von Zuwendung und Geltendmachung und eine solche Vergleichung von mortis causa donatio und Legat wäre nur etwa denkbar, wenn erstere in einem klagbaren Schenkungsversprechen bestände: hier wäre die durch den Tod perfekt gewordene Zuwendung kein thatsächliches Haben und es könnte der Beschenkte so gut wie der Legatar ein thatsächliches minus capere bewirken dadurch, dass er das rechtlich ihm gebührende tantundem zum Theile prätermittirt und von den Erben des Schenkers nicht einfordert. Aber abgesehen davon, dass bei dem morte capere schwerlich an den zu Cicero's Zeit noch seltenen Fall des Schenkungsversprechens gedacht ist, warum sollten die Scaevolae gerade hier so blöde gewesen sein? Wer im Interesse der Privaten nach Kautelen sucht, um ihnen gegen den Sinn des pontificalen Prinzips die Last der sacra abnehmen zu helfen, weshalb sollte der vor der mortis causa donatio Halt machen, die er selbst in der zweiten Klasse dem Legat gleichgestellt hat? Wer im Falle des Legats das tantundem capere nicht vom rechtlich erworbenen Anspruch, sondern vom effektiven Geltendmachen desselben und vom thatsächlichen Haben versteht, der hat keinen irgendwie plausiblen Grund, bei der mortis causa donatio durch Versprechen dies anders zu interpretiren. Ob Jemand, der vom Erblasser etwas zugewendet erhielt, eben so viel oder weniger hat als die Erben, ist eine Frage, die von der Art und Form des Erwerbs unabhängig ist.

Und wie würden bei der Annahme, dass das in donatione secus interpretantur auf die mortis causa donatio ziele, hierzu die unmittelbar sich anschliessenden Worte ‚et quod paterfamilias in eius donatione etc.' passen? Welche Fülle von unhaltbaren Ansichten, speziell von philologischer Seite, über die Bedeutung dieses Satzes aufgestellt wird, ist oben (S. 6 ff) gezeigt worden. So sehr derselbe richtig verstanden an seinem Platz ist, ihnen gegenüber erscheint der Balduin'sche Nothbehelf der Annahme eines Glossems als das kleinere Uebel. Handelte es sich — wovon, wenn einmal mortis causa donatio angenommen wird, doch ernstlich allein die Rede sein kann — um eine mortis causa donatio des Erblassers und um die Frage, ob auf eine solche die von den Scaevolae angerathene Kautel passt, und lautet die Antwort dahin, dass hier das capere anders interpretirt wird als beim Legat, welchen Sinn sollte dann die Bemerkung haben: falls der Erblasser nicht selbst die mortis causa donatio vorgenommen, sondern die von seinem Haussohn gemachte[66]) approbirt hat, so ist diese Schenkung des Haussohns gültig, wenn er sie nicht approbirt hat, ist sie ungültig? Was hat das mit der nach jener Ansicht zur Erörterung stehenden Frage nach dem minus capere des Beschenkten zu thun? Und auf den Fall von wessen Tod soll der Haussohn geschenkt haben? Auf den Fall des Todes seines Vaters? Das ist keine mortis causa donatio und könnte nicht mit dem vom Vater ausgesetzten Legat in Parallele gestellt werden. Oder auf den Fall seines eigenen Todes? Dann hat ja der Beschenkte beim Tode des Hausvaters noch gar nicht erworben, es ist noch gänzlich ungewiss, ob die Schenkung

---

66) Natürlich auch mortis causa: denn unmöglich kann unter donatio im ersten Satz die mortis causa donatio, im zweiten die donatio inter vivos verstanden sein.

zur Perfektion kommt oder durch den früheren Tod des Beschenkten hinfällig wird.

Nach allen Richtungen thürmen sich die Bedenken gegen die Ansicht, dass es sich hier um eine mortis causa donatio des Erblassers bezüglich dessen Hauskinds im Gegensatz zum legatum partitionis handele. Eine Nöthigung, wegen des morte testamentove capere der zweiten Klasse des Scaevola oder wegen der zweiten Klasse der antiqui, wenn man sie mit Hölder von der mortis causa donatio verstehen wollte, anzunehmen, dass Cicero wie das Legat so auch die mortis causa donatio zum Gegenstand besonderer Besprechung machen müsse, besteht in keiner Weise. Denn es ist ja Cicero gar nicht um eine systematische Darstellung der verschiedenen Gründe der Haftung für die sacra und ihrer Eigenthümlichkeiten zu thun, sondern die ganze Erörterung von § 46—51 incl. ist in ihrer Anordnung von dem Gedanken beherrscht, dass die Juristen eine fehlerhafte Methode haben, indem sie, statt das einer Lehre zu Grund liegende Prinzip, das unum illud, den locus ipse, das caput, von welchem Alles abhängt und aus dessen Erkenntniss alle Einzelheiten sich für den Verständigen von selbst ergeben, darzulegen, mit unzähligen Detailfragen ihre Bücher füllen: dies ist es, was Cicero speziell an dem Beispiel des legatum partitionis nachweisen zu können glaubt. Sind nun die im Bisherigen angeführten Gründe gegen die Möglichkeit, an ein Hereinziehen der mortis causa donatio zum Zweck des Belegs jener These zu denken, überzeugend, so sind wir gezwungen, die Stelle von einer Schenkung anderer Art zu verstehen.

Dies ist geschehen von de Caqueray[67]) und von Huschke[68]), die freilich Beide auf den Satz ‚et quod paterfamilias etc.‘ sich

67) A. a. O. (oben Anm. 26) p. 524 f.

68) Iurispr. anteiust.: Qu. Mucius Scaevola § 15 (5. Aufl. p. 16. N. 3. 4.)

beschränken und deren Ansichten über die Bedeutung desselben als ebenso unhaltbar wie die früher referirten erscheinen [69].

De Caqueray meint wunderlicher Weise, Cicero spreche von einer Schenkung des Hausvaters an seinen Sohn. Der Vater habe durch Eigenthumsübertragung donandi causa dem Sohn einen Theil seines Vermögens geschenkt; da nun wegen unitas personae diese Schenkung nichtig gewesen sei, so habe es zu ihrer Gültigkeit der Bestätigung im Testament des Vaters bedurft. C'est ce que Cicéron suppose! Da aber in diesem Falle der Betrag der Schenkung était fixé sur la tête du fils donataire, so habe dieser nicht mehr einen Theil des Geschenks zurückweisen und das Uebrige behalten können: wenn der Betrag der Schenkung durch den Vater in einer Weise bestimmt gewesen sei, dass sich daran die Verpflichtung zu den sacra knüpfte, so sei der Sohn nothwendig daran gebunden, et c'est ce qui fait dire à Cicéron: „Les Scévola donnent une autre interpretation pour la donation. Ce que le père de famille a approuvé à l'égard de la donation faite à son fils est ratifié; mais il n'en est plus de même s'il n'a pas approuvé ce qui a était fait à son insu". — Als ob, von Anderem ganz zu schweigen, das in eius donatione heissen könnte: bei einer Schenkung an denjenigen!

Huschke versteht den zweiten Satz (et quod paterfamilias etc.) mit Recht von einer Schenkung (inter vivos) des Haussohns und schreibt einer solchen einen Einfluss zu hinsichtlich der Frage nach dem tantundem und minus capere. Aber in höchst eigenthümlicher Weise, mit Scheidung der beiden in diesem Satze erwähnten Möglichkeiten.

---

69) De Caqueray hält den ersten Satz nicht für einen selbständigen, sondern für einen in Verbindung mit dem zweiten stehenden. Die Ansicht Huschke's ist nicht klar.

Die Worte ,et quod paterfamilias in eius donatione, qui in ipsius potestate est, approbavit, ratum est' erläutert er dahin: qua ratione cum filius heres plus retinere videatur (suo enim facto habet hereditatem deminutam), partiarius sacris non obligatur. Sonach ist Huschke's Gedanke der: der Sohn als Erbe und der legatarius partiarius haben an sich tantundem, so dass der Letztere nach der zweiten Klasse haftpflichtig sein würde, aber hier muss der filius heres das mit Genehmigung des Vaters gültig Weggeschenkte sich auf seine Hälfte darauf schlagen lassen, da er es ist, der durch seine Handlung das Weggeschenkte der Erbschaft entzogen hat, mithin hat er mehr als die Hälfte und folglich hat der Legatar nicht tantundem, so dass die Voraussetzung für dessen Haftung fehlt. So richtig nun nach einer anderen Richtung hin der Gedanke ist, dass das freiwillig Weggeschenkte nicht so behandelt werden kann, als wäre es nicht capirt, so wenig ist er in der ihm von Huschke gegebenen Anwendung zutreffend. Bei ihr würde das secus interpretari den Gegensatz ergeben: der Legatar, der einen Theil des legirten tantundem nicht einfordert, gilt als minus capiens, weil er eben effektiv nicht tantundem hat wie der Erbe, hingegen der Erbe, der mit Genehmigung des väterlichen Erblassers bei dessen Lebzeiten etwas verschenkt hat, gilt als plus capiens, denn obgleich er effektiv tantundem hat wie der Legatar, so kommt doch dazu noch das, was er haben könnte und in Folge eigener Schuld nicht hat, indem dies dem effektiven Haben gleichsteht. Dass dies ungekünstelt wäre, wird Niemand behaupten: es wird dadurch in die Worte etwas hineingetragen, was nicht in denselben liegt und wozu der Zusammenhang nicht den geringsten Anlass bietet; handelt es sich doch bei der Erörterung Cicero's um eine Kautel für den Legatar, um die Frage, wie es zu bewerkstelligen sei, dass der Legatar durch eigenen Willensentschluss gegen das pontificale Prinzip sich von den sacra frei mache. Was soll hierbei die

Bemerkung über ein früheres Thun des Erben bezüglich des Erblassers, welches ein Nichthaftbarwerden des Legatars zur Folge hat, und wie könnte in dieser Beziehung gesagt werden: hier interpretiren dies die Scaevolae anders? Aber der von Huschke aufgestellte Satz liegt nicht bloss nicht in den Worten, sondern ist geradezu falsch. Wie soll der patre approbante das Vermögen mindernde filius heres dazu kommen, sich den Betrag des Weggeschenkten anrechnen zu lassen? Ob der Erblasser selbst durch eine aus eigener Initiative hervorgegangene Schenkung einen Theil seines Vermögens veräussert oder ob er dies zu thun seinem Hauskinde gestattet, kann einen rechtlichen Unterschied vernünftigerweise nicht begründen: mit demselben Recht würde man jede Anregung, die der Vater von Seiten des Sohns zur Vornahme einer Schenkung erhält, dem letzteren zur Last schreiben müssen und zwar offenbar nicht bloss, wenn er als Erbe, sondern auch wenn er als legatarius partiarius in Frage kommt, und mit demselben Recht würde man behaupten können, dass bei Berechnung der quarta Falcidia der filius heres die auf seine Anregung zurückzuführenden Schenkungen des Erblassers sich anrechnen lassen müsse. Der Satz ‚ut sacra iis essent adiuncta, ad quos morte patrisfamilias pecunia venerit‘ stellt Alles einfach darauf, an wen das beim Tod des Erblassers vorhandene Vermögen gelangt, und bei der Frage nach der Haftung des Legatars kommt es lediglich darauf an, ob er von diesem beim Tode des Erblassers vorhandenen Vermögen tantundem capirt hat: die Berücksichtigung des Bestands, den das Vermögen in einem früheren Zeitpunkte gehabt hat, sei es zum Vortheil oder zum Nachtheil des Legatars, ist ganz unzulässig; hat er von dem effektiven Nachlass wirklich die Hälfte, so kann diese für seine Haftpflicht entscheidende Thatsache nicht darum in Abrede gestellt werden, weil früher einmal der Vermögensbestand ein grösserer war und vom Erblasser selbst, sei es aus eigener

Initiative oder auf Grund der Anregung seines Sohns und künftigen Erben, durch Schenkung gemindert worden ist.

Nicht minder gezwungen und unrichtig ist die Huschke'sche Erklärung des zweiten Theils unseres Satzes: quod eo insciente factum est, si id is non adprobat, ratum non est. Wie Huschke diese Worte versteht, ergiebt sich aus der Folgerung, die er aus ihnen zieht: ideoque adhuc in peculio est ad eumque, cuius peculium fit (velut legatarii partiarii pro parte), etiam nolentem morte pervenit et sacris eum alligat: quanquam is, qui cum nulla testamento deductio scripta est, minus ex legato, quam omnibus heredibus relictum est, ipse capere potest, itaque sacris non alligatur. Also: obgleich nach der aufgestellten Kautel der legatarius partiarius durch minus capere in Folge seines Willens sich von der Sacralpflicht frei machen kann, fällt ihm doch, auch wider seinen Willen, zu der ihm gebührenden Hälfte das ungültig aus dem Peculium des Sohns Weggeschenkte zu, weil dasselbe rechtlich als noch im Peculium und folglich im Nachlass befindlich erscheint, so dass er trotzdem zu den sacra verpflichtet ist. Aber schon an sich ist dieser Satz unmöglich in solcher Allgemeinheit richtig: es würde das doch mindestens voraussetzen, dass das Weggeschenkte auch in der dem Legatar zufallenden Hälfte das vom Legatar Prätermittirte übersteigt. Und warum sollte, wenn sich nachträglich das Verschenkte als noch zum Nachlass gehörig herausstellt, der Legatar nicht das Recht haben, es nicht geltend zu machen, soweit als zum minus capere erforderlich ist, da doch, nicht der rechtliche Anspruch auf tantundem, sondern das effektive Haben desselben für die Sacralpflicht entscheidend ist? Gehört das ungültig Weggeschenkte zweifellos zum Nachlass, so handelt es sich eben nur um den Betrag des Nachlasses als solchen: dieser wird zwischen dem Erben und dem Legatar getheilt und die ungültige Schenkung des filius heres spielt bei

der Frage, ob von Seiten des Legatars ein minus capere vorliegt, gar keine Rolle.

Kann nun unsere Stelle von einer mortis causa donatio nicht verstanden werden und ist bei der allein möglichen Annahme einer donatio inter vivos der Fall einer Schenkung des Erblassers an sein Hauskind ebenso ausgeschlossen wie der einer Schenkung an Dritte, die vom Erblasser entweder direkt oder durch Genehmigung der Handlung seines Hauskinds ausgeht, so bleibt in der That nur Eins übrig: es handelt sich um eine Schenkung des legatarius partiarius, um eine Minderung des erworbenen Vermächtnissbetrags durch seine bezüglich seines Hauskinds unentgeltliche Veräusserung. Werden wir hierauf schon durch das Resultat der bisherigen Beweisführung, wonach eine Schenkung anderer Art nicht denkbar ist, hingewiesen, so wird sich nunmehr zeigen, dass bei dieser Annahme die Stelle nicht nur einen vortrefflichen Sinn erhält, sondern dass sich dieselbe auch aus dem ganzen inneren Zusammenhang positiv als richtig ergiebt.

Das Ziel der drei cautiones Mucianae, die zu Gunsten des legatarius partiarius und nur zu dessen Gunsten statuirt sind, ist das gleiche: der Legatar soll an dem ihm Zugewandten keine oder keine nennenswerthe Einbusse erleiden, er soll im Wesentlichen tantundem bekommen wie der Erbe, und doch die Last der sacra nicht zu tragen haben. Bei der dritten erhält er genau dasselbe, bei den beiden ersten eine Kleinigkeit weniger, die so unbedeutend ist, dass sie materiell gar nicht in Betracht kommt; bei der ersten sorgt der Erblasser für den Legatar, indem er dem Erben den Vorabzug einer kleinen Summe vorschreibt, bei der zweiten sorgt der Legatar für sich selbst, indem er eine Kleinigkeit weniger nimmt, bei der dritten wirken Erbe und Legatar zusammen dahin, dass der letztere, obwohl er voll tantundem erhält, doch nicht haftet, weil dieses

tantundem nicht testamento, sondern stipulatione, nicht aus dem Nachlass, sondern aus dem Vermögen des Erben an ihn gelangt. Bei der zweiten Kautel nun, bei deren erster Erwähnung unser Satz steht, bedeutet das minus capere des Legatars nicht etwa, wie Balduinus[70]), allerdings mit nicht verhehlter Verwunderung über solche Singularität, meint, ein theilweises Ausschlagen des Legats in dem Sinne, dass der Legatar das Recht auf den ausgeschlagenen Theil verlöre. Denn die als zweifellos überlieferte Bestimmung, dass der Legatar nur ganz oder gar nicht annehmen kann, dass es nicht angängig ist, rei legatae partem velle, partem nolle, legatum pro parte acquirere, pro parte repudiare und dass der Legatar, si omnino aliqua ex parte rem voluerit suam esse, totam acquirit[71]), ist gewiss eine uralte und die Scaevolae waren zu gute Juristen, als dass sie lediglich zum Zweck der Umgehung eines pontificalen Satzes an dieser Bestimmung zu rütteln gewagt hätten. Es handelt sich vielmehr bei diesem minus capere lediglich um ein rein

---

70) l. c. p. 471: sed iure singulari ea (cautio) defendatur necesse est, nam iure communi non licet legatario partem legati capere, partem repudiare, praesertim si hoc in fraudem faciat — mirum vero, quod non solum Scaevola partem pecuniae legatae repudiare permittat, ut sacrorum onus reiciatur, sed et Cicero deinde significet, partem illam repudiatam deinde exigi posse ab herede legatarii; hoc profecto non liceret iure communi, quod posteriores iuris consulti nobis reliquerunt.

71) L. 4. de leg. II. l. 38. pr. de leg. I. l. 58 de leg. II. — Von dem Falle, dass, wenn mehrere einzelne Sachen legirt sind, der Legatar das eine Vermächtniss annehmen, das andere repudiiren kann (l. 5. pr. de leg. II.), ist natürlich hier beim legatum partitionis nicht die Rede. Uebrigens würde auch, wenn durch Vermächtniss mehrerer einzelner Sachen dem Legatar tantundem hinterlassen wäre wie dem Erben, doch das unum repudiare, alterum amplecti posse nicht platzgreifen, da dieser Satz dann eine Ausnahme erleidet, wenn auf dem einen Vermächtnisse ein onus liegt, l. 5. § 1. de leg. II. l. 22 pr. de fideic. libert. 40. 5. — Ebensowenig kommt der Fall in Betracht, wo ein theilweises Nichtannehmen durch Gesetz, z. B. die Lex Voconia, geboten ist.

negatives Verhalten, um ein thatsächliches Nichtgeltendmachen, ein non exigere und praetermittere[72]). Der Beweis hierfür wird geliefert durch eine der quaestiunculae, welche nach Cicero (§ 51) aus dem Satze, dass der Legatar durch solches minus capere sich der Sacralpflicht entzieht, wieder entstehen, und die einen weiteren Beleg bilden soll für die Berechtigung des Vorwurfs, dass die Juristen das, quod positum est in una cognitione, in infinitam dispertiuntur. Der Fall, den diese Unterfrage betrifft, ist der[73]): der legatarius partiarius hat in eigener Person minus capirt, ne sacris alligetur, er stirbt mit Hinterlassung mehrerer Erben, von denen der eine zu dem ihm als Erben

---

72) So richtig Bachofen Lex Voconia S. 52. Leist a. a. O. S. 193 ff.

73) Inkorrekt ist das von Wyttenbach (Moser-Creuzer p. 314) zur Erläuterung dieses Falles aufgestellte und von Feldhügel II. 217 f. gebilligte Beispiel: Erbschaft 10000, Legat 6000, der Legatar fordert nur 4000 ein, sein Erbe fordert dann die restirenden 2000. — Cicero nimmt ausdrücklich mehrere Erben des Legatars an, von denen nur der eine pro sua parte das Prätermittirte nachfordert. — Richtiger Turnebus (Moser-Creuzer p. 670): Erbe $^5/_{12}$, Legatar $^7/_{12}$, letzterer fordert nur $^4/_{12}$, der eine von den 2 Erben des Legatars fordert das auf ihn fallende $1^1/_2$ Zwölftel, so dass ex legato $5^1/_2$ Zwölftel capirt sind, während der Erbe des Verstorbenen 5 Zwölftel hat. — Komplizirter ist das Beispiel von Leist S. 194. — Da Cicero mehrere Erben des Legatars und nur einen von ihnen pro sua parte auf das praetermissum klagend annimmt, so muss, wenn das von Cicero gesetzte Resultat ‚ut ea pecunia non minor esset facta cum superiore exactione quam heredibus omnibus esset relicta' überhaupt möglich sein soll, das legatum partitionis, wie auch in allen diesen Beispielen angenommen ist, auf eine grössere Quote als die Hälfte gegangen sein, was als zulässig Ulpian frg. XXIV. 25 (andere in l. 164. § 1. de V. S.) nicht erkennen lässt. — Zweifelhaft bleibt, was mit dem von den Erben des Legatars faktisch nicht Nachgeforderten wurde: wäre es an den Erben des Testators gefallen, so würde nicht ex legato tantundem capirt sein (man müsste denn auf den Betrag des im Testamente dem Erben Zugewandten das entscheidende Gewicht legen); wäre es von dem anderen Erben des Legatars später noch gefordert worden, so würde es nicht gerechtfertigt sein, den Erstfordernden sine coherede haften zu lassen; in der Schwebe konnte aber doch die Sache auch nicht bleiben. Dass Jemand diese Zweifel durch das referre ad caput per se ipse facile perspiciat, wird sich schwer halten lassen!

gebührenden Theil dasjenige, was sein Erblasser nicht eingefordert hatte (id quod ab eo, quoi ipse heres esset, praetermissum fuisset), gegen den mit dem legatum partitionis belasteten Erben einklagt. Es ist klar, dass das praetermittere des Legatars kein rechtswirksames repudiare sein kann. Denn hätte der Legatar zulässigerweise einen Theil des Legats ausgeschlagen, so würde sein Erbe nicht mehr in der Lage sein, auf diesen Theil einen Anspruch zu erheben: er kann wohl nachfordern, was sein Erblasser faktisch noch nicht geltend gemacht, nicht aber fordern, was jener rechtlich aufgegeben hat. Es steht sonach ausser allem Zweifel, dass es für den Begriff des tantundem und minus capere lediglich auf das thatsächliche Haben ankommt[74]). Das tantundem capere der zwei-

---

74) Dabei ist ein zweifaches bemerkenswerth. Einmal, dass weder der verstorbene Legatar selbst tantundem hat noch auch dieser sein Erbe: denn letzterer hat als einer von mehreren Erben eben nur einen Theil des von seinem Erblasser Capirten capirt, und wenn er nun zu diesem Theil das von seinem Erblasser Prätermittirte pro sua parte hinzuerwirbt, so hat er natürlich noch immer nicht tantundem quantum omnibus heredibus relictum est. Es genügt aber eben, dass überhaupt e x l e g a t o tantundem capirt i s t, so dass eine Zusammenrechnung des vom Legatar selbst thatsächlich Erworbenen und des von seinem Erben nachträglich Geltendgemachten stattfindet und das Legat dann als mit den sacra belastet erscheint, wenn sich durch diese Zusammenrechnung eine gleich grosse Summe wie die bei den Erben verbleibende ergiebt (si ea pecunia non minor esset facta cum superiore exactione); nur dass die auf dem Legat liegende Last nicht von sämmtlichen Erben des Legatars getragen werden muss, sondern lediglich von demjenigen, der durch sein nachträgliches exigere des praetermissum die alleinige Ursache des Nichtfreibleibens des Legats ist. — Bemerkenswerth ist noch ein Anderes. Der von Cicero erwähnte Fall, dass die von einem der mehreren Erben des Legatars pro sua parte nachgeforderte Summe zusammen cum superiore exactione non minor esset facta quam heredibus omnibus esset relicta ist nur denkbar, wenn dem Legatar im Testament eine grössere Quote als die Hälfte zugewandt ist (vgl. die vorige Anm.). Zur Zeit der Scaevolae war aber nach der Lex Voconia ein wirksames Legat von mehr als der Hälfte des Nachlasses nicht möglich. Ist nun auch die Lex Voconia eine lex imperfecta (Huschke, Gaius S. 52), so war doch ein rechtlich durchführbarer Anspruch auf mehr als die

ten Klasse des Scaevola entspricht insofern dem quippiam capere der dritten Klasse der antiqui: dem si maior pars pecuniae legata est, si inde quippiam cepit würde korrespondiren si tantundem legatum est, si tantundem cepit, in beiden Klassen ist thatsächliches Erhalten, effektives Haben, die Voraussetzung der Haftung [75]).

Hälfte nicht begründet. Demnach ging, wenn der Legatar, um der Sacralpflicht sich zu entziehen, weniger als die Hälfte geltend gemacht hatte, die Klage seiner Erben nicht auf den vollen Betrag seines Legats abzüglich des schon Geltendgemachten, sondern nur auf den Rest bis zum Belauf der Hälfte. Wenn nun bloss einer der mehreren Erben des Legatars klagt, so kann er, da er seine Miterben nicht von vornherein von der Geltendmachung ihres Antheils auszuschliessen vermag, nicht den vollen Rest bis zur Hälfte der Erbschaft einfordern, sondern, wie ja Cicero auch ausdrücklich sagt, nur pro parte sua. Dann kommt aber eben beim Zusammenrechnen des vom Legatar selbst Erhobenen und des von einem seiner Erben Eingeforderten niemals tantundem quantum omnibus heredibus relictum est heraus. Also z. B. Erbschaft von 12000, Legat von $^2/_3 = 8000$, nach der Lex Voconia kann der Legatar nur 6000 fordern, er fordert, um den sacra zu entgehen, bloss 4000. Der Anspruch auf 2000 ist noch begründet: wäre der Legatar mit Hinterlassung eines einzigen Erben verstorben, so könnte dieser die 2000 nachfordern; ist er aber mit Hinterlassung von zwei Erben verstorben, so kann der eine von ihnen nicht die vollen 2000 nachfordern, sondern nur pro parte sua, also 1000; es ist alsdann ex legato capirt 1000 + 4000, also nicht tantundem wie die Erben des Testators haben (6000). — Mithin muss diese quaestiuncula entweder von einem der antiqui aufgeworfen sein, oder sie ist von Cicero selbst ohne Berücksichtigung des in der Lex Voconia liegenden Hindernisses aufgestellt: von den Scaevolae kann sie nicht stammen, man müsste denn annehmen, dass bei den Erben im Gegensatz zum Legatar das Gewicht nicht auf dem Haben, sondern auf der testamentarischen Zuwendung liege, wofür man sich jedenfalls auf die Wendung 'minus capere quam omnibus heredibus relinquatur' u. ä. (§ 50. 51. 53) nicht berufen darf, da ihr die andere 'tantundem capere quantum omnes heredes' (§ 48. 52) gegenübersteht, und wogegen die Bestimmung der Lex Voconia, ne cui plus legatorum nomine capere liceret quam heredes caperent, spricht, ganz abgesehen davon, dass bei dieser Annahme ex legato wieder mehr capirt würde (1000+4000) als dem Erben im Testament zugewandt ist (4000).

[75]) Wie das quippiam capere nach den antiqui genügt, um haftbar zu machen, so genügt bei dem für die Haftpflicht aufgestellten Erforderniss des tantundem capere das quippiam non capere, beides im Sinn des thatsächlichen

Wenn man nun festhält, wie hier das thatsächliche Haben urgirt wird und wie das thatsächliche Nichthaben eines kleinen Theils des Vermachten schon ausreicht, um von der Sacralpflicht zu befreien, und bedenkt man weiter, dass nach der dritten Kautel sogar das Wiederaufheben des rechtlich vollständig eingetretenen Erwerbes der Legatsforderung durch nexi liberatio trotz des Wiedererlangens desselben Betrags durch stipulatio die gleiche Wirkung im Gefolge hat, so lag für einen schlauen das Interesse des Legatars im Auge habenden Juristen der Gedanke nicht fern, zu sagen: auch wenn der Legatar das Legat rechtlich voll erworben und thatsächlich ganz geltend gemacht hat, so gilt er doch nicht als tantundem capiens, wenn er nachträglich durch Schenkung einen Theil des Erworbenen aufgiebt. So weit aber, erkennt Cicero an, sind die Scaevolae nicht gegangen: in donatione hoc secus interpretantur, sie interpretiren das capere nicht auch in dem Sinne als thatsächliches Haben, dass sie auch die durch freiwilliges unentgeltliches Weggeben eines Theils des Erworbenen herbeigeführte Minderung des tantundem als ein von der Sacralpflicht befreiendes minus capere auffassten[76]; et quod paterfamilias in eius donatione etc.: und wenn etwa der Legatar sein Wenigerhaben darauf stützen und den Einwand, dass er sich auf sein nachträgliches Mindern des tantundem nicht berufen könne, damit widerlegen wollte, dass er nicht selbst es gewesen sei,

---

Habens. Dieses Betonen des Faktischen bei der interpretatio der Scaevolae weicht von dem sonst festgehaltenen Begriffe des capere ab: denn wenn nach l. 13. de R. I. non videtur cepisse, qui per exceptionem a petitione removetur, so wird derjenige, dem eine durch exceptio nicht elidirbare Klage zusteht, schon als capirend betrachtet.

76) Nur wo die rechtliche Verpflichtung zum Wiederherausgeben besteht, wird das capere geleugnet, l. 51. de R. I.

der die Schenkung gemacht, sondern sein Hauskind[77]), so kann er auch damit nicht gehört werden, denn entweder hat er diese Schenkung approbirt, dann ist allerdings die Schenkung des Hauskindes gültig und faktisch nicht mehr tantundem beim Legatar, aber es liegt dann auch die Sache nicht anders, als wenn der Legatar in eigener Person geschenkt hätte, da die Schenkung eben nur kraft seines Willens Bestand hat, oder aber der Sohn hat die Schenkung insciente patre vorgenommen und dieser hat sie auch nicht nachträglich genehmigt, dann ist die Schenkung ungültig und von einem Nichthaben des vom Sohn Weggeschenkten nicht die Rede[78]).

Nur Eins könnte man gegen diese Erklärung einwenden wollen: dass in dem Satze ‚quom est partitio, ut si in testamento deducta scripta non sit ipsique minus ceperint etc.' von einer Interpretation des capere als effektiven Habens, zu welcher das secus interpretari im Gegensatz stünde, nicht gesprochen ist und dass der von uns angenommene Sinn sich erst ergiebt, wenn man den Satz des § 51 über die Nachforderung des vom Legatar Praetermittirten und die dritte Kautel sich vergegenwärtigt. Aber man muss doch festhalten, dass, so gut wie wir aus der Darstellung Cicero's den ganzen Zusammenhang vor Augen haben, Cicero selbst sich dessen bewusst ist, was er sagen will, dass ihm in der Erörterung, die zunächst durch das Leitmotiv

77) Man kann daran denken, dass der Haussohn der Legatar ist oder dass der Vater ihm das Legat als peculium überlassen hat, nothwendig ist dies nicht.

78) Damit steht auch das Folgende (his propositis etc.) in guter Verbindung: wie trotz des späteren Wegschenkens aus dem erworbenen Vermächtniss durch den Legatar oder sein Hauskind doch der Erwerb von tantundem und folglich Haftung für die sacra anerkannt werden muss, so ist trotz des minus capere von Seiten des Legatars doch ein Erwerb von tantundem ex legato vorhanden, wenn später von einem Erben des Legatars so viel nachgefordert wird, dass der Betrag der Hälfte des Nachlasses herauskommt.

die mangelhafte Methode der Juristen nachzuweisen beherrscht ist, bereits der erst im Folgenden formulirte Vorwurf: ‚hoc ego loco multisque aliis quaero a vobis, Scaevolae, quid sit quod ad ius pontificium civile appetatis? civilis enim iuris scientia pontificium quodam modo tollitis' vorschwebt und dass daher die Bedeutung des minus capere, die für uns erst aus dem auf den obigen Satz Folgenden vollständig klar wird, für ihn schon gegeben war, als er die Kautel des minus capere zuerst erwähnt[79]. Dass unter dem capere nach der Interpretation der Scaevolae ein thatsächliches Haben zu verstehen war, stand ihm natürlich fest, und mit dem in donatione hoc secus interpretantur erklärt er eben, dass sie das capere als thatsächliches Haben nicht in dem Sinne urgiren, als ob nun auch ein Wegschenken des thatsächlich bereits Erworbenen als zum minus capere und zur Befreiung von der Sacralpflicht ausreichend erachtet würde.

---

79) Auf das Lob besonders guter Anordnung kann ohnehin die ganze Darstellung keinen Anspruch machen, die beiden Thesen: mangelhafte Methode und Umsturz des pontificalen Rechts kreuzen sich wiederholt.

